

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LE CONSEIL D'ÉTAT

ET LES

NOMINATIONS ILLÉGALES

DANS LES FONCTIONS PUBLIQUES

(ÉTUDE DE JURISPRUDENCE)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Présentée et soutenue le Mercredi 5 Mars 1913, à 1 heure

PAR

JACQUES FRÉNOY

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

Président : M. LARNAUDE, professeur.

Suffragants } *MM. BERTHÉLEMY, professeur.*
JÈZE, professeur.

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1913



Digitized by the Internet Archive
in 2026

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LE CONSEIL D'ÉTAT

ET LES

NOMINATIONS ILLÉGALES

DANS LES FONCTIONS PUBLIQUES

(ÉTUDE DE JURISPRUDENCE)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

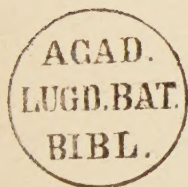
(SCIENCES JURIDIQUES)

Présentée et soutenue le Mercredi 5 Mars 1913, à 1 heure

PAR

JACQUES FRÉNOY

AVOCAT A LA COUR D'APPEL



Président : M. LARNAUDE, professeur.

Suffragants } MM. BERTHÉLEMY, professeur.
JÈZE, professeur.

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1913

Le Conseil d'État

et les nominations illégales

dans les fonctions publiques

INTRODUCTION

Il y a une crise des fonctionnaires.

Chacun s'en rappelle les manifestations violentes de 1909, les meetings, les manifestes, les appels à la révolte, la volonté proclamée par certains groupements de s'affilier à la Confédération Générale du Travail en vue d'une action révolutionnaire commune, — enfin et surtout les douloureux événements des grèves dans plusieurs services publics. A un moment donné, le conflit fut si aigu entre les fonctionnaires et le gouvernement qu'il parut menacer l'existence même du régime.

Un peu de calme aujourd'hui semble revenu dans les esprits, par l'effet de la répression gouvernementale. Il ne

faudrait pas croire, pourtant, que le mouvement des fonctionnaires n'ait été qu'une de ces agitations superficielles et stériles qu'on peut réprimer par la force : les seuls agents de l'État et des communes forment aujourd'hui, dans le pays, une troupe de plus de 900.000 hommes. (1) « Redoutable armée, écrit M. Chardon, qui, nous n'en pouvons douter, est en train de s'organiser et veut s'organiser elle-même : *fara da se!* » (1) — Il est certain, d'autre part, que les principaux problèmes que la crise de 1909 avait mis en évidence, subsistent : il semble donc infiniment probable que le sentiment général de la masse des fonctionnaires soit plus proche de l'attente que de la détente. L'heure de l'apaisement n'a pas sonné ; nous sommes dans une période de trêve : Les pouvoirs responsables feraient peut-être bien de ne pas attendre une nouvelle aventure pour se décider à apporter à la crise dont souffre la fonction publique les remèdes nécessaires.

On a signalé des causes multiples à cette crise : administration d'ancien régime, organisée comme si Louis XIV ou Napoléon vivaient encore (2) ; persistance des mœurs

(1) Voici les chiffres officiels du budget de 1910 (Exposé des motifs) :

Fonctionnaires rétribués sur les fonds de l'État . . .	643.889
Fonctionnaires rétribués sur les fonds des départements et des communes	271.002
Total. . .	914.891

(2) « Tout dans notre administration porte encore la marque de

autoritaires du passé à l'égard du personnel administratif, maintenu sans initiative dans une obéissance passive et en dehors d'une véritable collaboration (1); — causes économiques aussi, la rétribution allouée par l'État à ses agents restant immuablement figée, comme ignorante de l'augmentation croissante du coût de la vie (2), etc..., etc...

1811, et l'empreinte du souverain, maître de tout et de tous, qui certes ne péchait pas par excès de confiance envers les autres. Il reviendrait qu'il trouverait tout conforme à ses idées... Les fonctionnaires ne sont pas des hommes administrant leur pays, ce sont les serviteurs de César... Il est dangereux pour une République de vêtir la défroque d'un Empire... » (Henri Chardon, maître des requêtes au Conseil d'État. *L'Administration en France*).

Cf. *idem*, Seignobos, *Histoire politique de l'Europe contemporaine* (p. 208).

Bosley, *La France*, p. 89.

Deschanel, Ch. des députés, *Déb. parl.*, 13 janvier 1905, p. 16; 11 mai 1909, p. 1003; 11 juin 1910, p. 2234.

(1) *** *Les Fonctionnaires*, p. 169.

G. Cahen. *Les Fonctionnaires. Leur action corporative*, p. 12.

Sur la profonde transformation qu'il serait nécessaire d'apporter à cet égard, aux méthodes administratives, voir Chaigne, *Rapport sur le projet de statut des fonctionnaires*. (Doc. parlem., Ch., 1909, p. 449, ann. n° 2450.) M. Marcel Sembat a même développé l'idée d'une collaboration collective des agents à l'œuvre administrative (*Annales de la Régie directe*, 8 mai 1909).

Sur cette idée, voir les déclarations faites à la Chambre par M. Millerand (27 janvier 1910, p. 386; 31 janvier 1910, p. 431; 2 février 1910, p. 516, 520, 528), et le rapport de M. Steeg sur le projet de budget des postes pour 1907 (Ch. des députés, Doc. parlem., 1906, p. 1870).

(2) Le traitement moyen des fonctionnaires qui était de 1.400 francs en 1873, n'était en 1898 que de 1.490 francs!

M. Henry Bérenger a tracé un tableau saisissant de la pitoyable

Mais parmi toutes ces causes, il en est une que tous ceux qui connaissent les fonctions publiques autrement que du dehors considèrent comme déterminante : ce sont les excès du favoritisme dans le recrutement et l'avancement qui ont provoqué l'indiscipline ; c'est l'injustice continue dans les nominations qui a été l'auteur principal de la grève (1).

Tout le monde est d'accord, du reste, ou à peu près, pour reconnaître l'étendue du mal : « Depuis quelques années, notre démocratie a fait du favoritisme un abus véritablement intolérable », écrit M. Jèze (2), et la plupart des théoriciens du droit public le déplorent avec lui (3). Pareil-

misère, des drames obscurs de la vie de ces milliers de travailleurs en jaquette, contraints à une tenue correcte, obligés de tenir leur rang, et réduits pour vivre, eux et leur famille, à des salaires de disette. (H. Béranger. *Le Proletariat intellectuel*). « On sait comment ils s'habillent, on ne sait pas comment ils se nourrissent ! » ... Beaucoup d'entre eux doivent se priver d'avoir des enfants : leurs chefs mêmes n'hésitent pas à leur conseiller de ne point se marier ! (Le directeur du cabinet du sous-secrétaire d'Etat aux Finances à la délégation de l'Union des services sédentaires des Douanes, 14 décembre 1909. *Bulletin des Associations de fonctionnaires*).

(1) Ch. Georgin, ancien chef adjoint du cabinet du Ministre du travail. *L'Avancement dans les fonctions publiques, son organisation, ses garanties*. Thèse, Paris, 1911.

Salaün. *La réforme des fonctions publiques*.

Idem. Demartial. *De l'opportunité d'une loi sur l'état des fonctionnaires*. (*Revue de droit public*, 1907, p. 5.)

*** *Les Fonctionnaires*, p. 7.

(2) Jèze, *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1906, p. 64.

(3) Ex. : MM. Larnaude. *Préface de la traduction Gandilhon de la 3^e édition du Droit public de l'Empire allemand, de Laband*, cf. *infra*.

lement, dans toute cette littérature sociale qui foisonne aujourd'hui, c'est un thème devenu lieu commun que de s'élever contre « la plaie de l'arbitraire dans la fonction publique. » (1) Dans la Presse, tel grand journal du matin, telle petite revue d'informations politiques consacrent au népotisme une rubrique régulière; — mêmes constatations affligeantes, enfin, au Parlement, et de tous les points de l'opinion : un homme de l'autorité de M. Ribot n'a pas hésité à dire : « Il s'est glissé dans la République des mœurs basses et dégradantes ! » (2); — il n'est pas jusqu'à des députés du parti au pouvoir qui ne l'aient reconnu; plusieurs sont même venus apporter des faits scandaleux

Hauriou, note dans Sirey, sous arrêt du 11 novembre 1908 (S. 1909. 3. 18).

Berthélemy, articles dans la *Grande Revue*, dans la *Revue de Paris*, dans la *Revue pénitentiaire*. V. l'Index bibliographique.

Rolland, *Revue du droit public*, 1907, p. 254.

Saleilles, *Revue pénitentiaire*, janvier 1907, p. 51.

(1) Bouglé, *Syndicalisme et Démocratie*, p. 5 et 11.

Berthod, *Les syndicats de fonctionnaires et l'organisation de la Démocratie*. Rev. pol. et parl., 1906, t. XLVII, p. 413.

Leroy, *Les transformations de la puissance publique. Les syndicats de fonctionnaires*. Paris, 1907, p. 236.

Saint-Alban, *Le statut des fonctionnaires*. (Mercure de France, 1^{er} mai 1909).

Georges Picot, *Le vagabondage et la mendicité judiciaires*.

Legret, *La République et les politiciens*, p. 29 et 55.

A. Fouillée, *La démocratie politique et sociale en France*, p. 29, etc.

(2) Ribot, Ch. des Députés, 14 mai 1907, Déb. parl., p. 989

Cf. aussi Deschanel, Ch. des Députés, 11 décembre 1906, Déb. parl., p. 3139, et 8 mai 1907, Déb. Parl., p. 938.

à la Tribune, et dénoncer le danger de ces pratiques qui discréditent le régime (1) : le mal est avéré.

— Il faut avouer d'ailleurs qu'il a ses excuses ; c'est même ce qui rend la lutte contre lui si difficile : n'est-ce pas, en effet, contre les meilleurs de nos sentiments, la serviabilité, la bienveillance, la courtoisie, qu'il nous faut lutter, pour refuser de rendre un service qui nous est aimablement demandé ? Il est certainement des peuples dont le tempérament se prête plus que le nôtre à ce triste courage ; notre race sociable sait mal résister, sans doute, au danger qu'il y a à transposer ses qualités de la vie privée à la vie publique ! — Faut-il lui dénier, pourtant, toutes circonstances atténuantes ?

(1) Buisson, Ch. des Députés, 30 juin 1911, Déb. parl., p. 2549.

Messimy, Ch. des Députés, 1^{er} mars 1909, Déb. parl., p. 1129.

Reinach, Ch. des Députés, 9 juillet 1909, Déb. parl., p. 1942, et 13 décembre 1906, Déb. parl., p. 3029.

Doumer, Ch. des Députés, 20 octobre 1908, Déb. parl., p. 1818.

Louis Martin, Ch. des Députés, 9 novembre 1905, Déb. parl., p. 3157 ;

Et au Sénat, Pierre Baudin, 17 juin 1909, Déb. parl., p. 450.

Il faudrait citer tout entier, à cet égard, en raison de sa documentation et de l'impression qu'il produisit sur la Chambre, le discours que prononça, le 8 mai 1907, M. Steeg, alors, il est vrai, qu'il n'était pas encore ministre. (Déb. parl., p. 928). Mais les ministres eux-mêmes, si l'on se reporte à certaines déclarations, ne songeraient guère à contester les faits :

Briand, ministre de l'Instruction Publique, 7 avril 1906 Ch. des députés, Déb. parl., p. 402. — Barthou, ministre de l'Intérieur. Discours à Bordeaux, 4 février 1905 (*Le Temps*, 5 février 1905). — Maurice Faure, ministre de l'Instruction Publique, 21 février 1911. Ch. des députés ; Déb. parl. p. 809.

— Ce n'est pas à dire non plus que le favoritisme, tel que nous le connaissons aujourd'hui, soit une nouveauté sans précédents dont notre régime ait à supporter à lui seul toute la responsabilité. M. Faguet, dans des pages captivantes où il a développé comme à plaisir un paradoxe passionné, le représente comme un mal inhérent à la démocratie ! (1) N'est-ce pas oublier que ce mal a sévi dans presque tous les pays, dans les milieux les plus différents, et qu'en France particulièrement, sous l'ancien régime, c'est à lui qu'il faut imputer le plus grand nombre de ces abus que M. Anatole Leroy-Beaulieu lui-même représente comme « l'écœurant cortège des monarchies absolues » ? (2) Favoritisme mignon de Henri III, favoritisme prostitué de Louis XV, ou, à l'étranger, népotisme sacerdotal de la Rome des Papes (3), ces quelques étiquettes suffisent à évoquer des tares répugnantes auprès desquelles le favoritisme moderne apparaît heureusement comme assez bénin. (4) — Au contraire, l'arbitraire dans la distribution des places est bien plutôt de l'essence des régimes monar-

(1) *Le Culte de l'Incompétence*, p. 38.

(2) *La Révolution et le Libéralisme*, p. 175.

(3) Cf. M. de Vidaillan. *Histoire politique de l'Église*, t. II, p. 398. Cf. aussi Raoul de la Grasserie, *Népotisme*, p. 11 (sur le népotisme pontifical).

(4) On pourrait citer aussi, au Bas Empire Romain, le trafic d'influences auquel se livraient les grands dignitaires de la Cour. — Il s'établait si ouvertement qu'il avait fini par faire l'objet d'un contrat, le *contractus suffragii*, convention par laquelle une personne qui sollicitait une faveur de l'Empereur, promettait à l'intermédiaire qui se chargeait d'appuyer sa demande une valeur déterminée, (argent,

chiques que des nôtres ! Il est naturel, en effet, lorsqu'il y a confusion entre l'État et la personne du souverain, que celui-ci choisisse ses serviteurs, qui sont accessoirement ceux de l'État, pour des raisons purement personnelles, et notamment pour ce que nous appelons les raisons politiques. En fait, le dévouement personnel au Ministre que la faveur du Prince maintenait aux affaires, fut, même aux époques les plus vertueuses de la Monarchie absolue, la condition primordiale d'admission aux emplois. C'est donc bien plus exactement par un phénomène de survivance dans les faits d'un principe qui date des régime abolis que nous souffrons encore de favoritisme dans la collation des emplois publics. Cela prouve seulement que les gouvernants, hommes ou partis, du jour où ils ont conquis le pouvoir, risquent fort, à leur tour, d'être conquis par le pouvoir. La constatation n'est pas nouvelle. Mais c'est précisément parce que, chez nous, l'opposition est particulièrement choquante entre les institutions politiques et les mœurs qu'il importe de mettre au plus vite celles-ci à la hauteur de celles-là (1).

La vérité, c'est que le mal du favoritisme dans la fonc-

meuble ou immeuble), en cas de réussite. (M. Cuq à son cours). — Les Empereurs du iv^e siècle s'efforcèrent d'abord, mais en vain, de remédier à ces pratiques. Au début du v^e siècle, Théodore le Jeune en fut réduit à tolérer un commerce qu'il était impuissant à empêcher : il reconnut la validité du contrat de recommandation. Le *suffragator* eut le droit d'*agir en justice* pour réclamer le paiement du prix de sa recommandation !

(1) « L'Empire faisait présenter les armes à des nourrissons. La

tion publique semble bien plutôt imputable à notre système électoral actuel qu'à notre forme de gouvernement. Tel est notamment l'avis de M. Hauriou, qui a suivi personnellement l'évolution des mœurs dans l'Administration, et constaté que l'ingérence des politiciens dans celle-ci ne date guère que de 1889, date du rétablissement du scrutin d'arrondissement. Ce qu'il en dit éclaire les origines de la crise des services publics :

« Si l'on se reporte, en effet, à une trentaine d'années en arrière, dit-il (1), on trouve que, dans tous les services publics, la hiérarchie, fortement organisée et depuis longtemps, s'était créée des traditions de bonne administration... Elle a des moyens d'information suffisants sur son personnel; elle se préoccupe spontanément des besoins de celui-ci et lui rend en général justice. Les subordonnés n'ont pas à réclamer leur avancement; ils seraient même très mal reçus s'ils sollicitaient, et surtout s'ils faisaient agir des influences parlementaires, lesquelles en sont à leur début. En un mot, à cette époque, il n'y a que la hiérarchie qui compte; et comme elle est seule, libre de ses allures, et, par suite, entièrement responsable, elle s'est fait une moralité qui constitue, le plus souvent, une garantie suffisante pour les fonctionnaires.....

République oblige ses colonels à saluer les rejetons de parlementaires qu'elle habille en sous-préfets. Mais l'Empire, au moins, ne prétendait pas avoir aboli les droits de naissance! » (Georgin, déjà cité p. 375).

(1) Sirey, 1909. 3. p. 18.

« Mais la crise de l'intrusion parlementaire va se produire. Elle commence à sévir avec le scrutin d'arrondissement, rétabli en 1889..... » — Enchaînement de conséquences fâcheuses : le député dépendant étroitement de son arrondissement, s'aperçoit bientôt, en effet, que celui-ci ne lui gardera fidélité qu'au prorata des subventions, décharges et faveurs obtenues par son intermédiaire du gouvernement. Force lui est donc, pour assurer sa réélection, de s'adresser aux ministres, qui eux-mêmes, pour conserver le pouvoir, ont besoin des députés ; si bien que de l'un à l'autre de ces trois termes, de l'électeur à l'élu, de l'élu au gouvernement, et inversement, tendit à s'établir une perpétuelle circulation de services échangés dans lesquels le souci de l'intérêt public ne trouvait pas sa place.

Ce fut donc de ce jour qu'on vit les députés assiéger les bureaux des ministères, et le cabinet des ministres, organe purement politique, entrer en lutte avec la hiérarchie. — Toutes ces forces coalisées vont rapidement la désorganiser, en l'obligeant à se prêter aux mœurs de la recommandation ; elle résiste quelquefois, mais, plus souvent, elle cède ; il y a dans les bureaux des ministres des imprimés tout prêts pour répondre à l'homme politique. L'obligation de tenir le plus grand compte de ces indications venues du dehors apparaît aux détenteurs du pouvoir comme une nécessité parlementaire ; ils s'inclinent, lorsque quelque chef de groupe ou quelque manœuvrier de couloirs veut placer quelqu'un des siens dans une fonc-

tion lucrative ; ils s'inclinent encore, quand l'un de ces politiciens influents leur signale que l'attitude politique ou philosophique d'un fonctionnaire laisse à désirer, qu'il « vote mal ! » — C'est ainsi, comme l'a dit M. de Saint-Alban, que l'on finit par trouver des départements « où pas un juge de paix n'est nommé, pas un instituteur avancé, pas un fonctionnaire noté sans la permission du député, qui signe, en fait, des arrêtés ! » (1)

Le résultat, dans la fonction publique, est que le passé-droit y abonde ; sa première forme est l'avancement ultrarapide, souvent vertigineux, de quelques privilégiés, et par contre, le retard dans l'avancement, la stagnation indéfinie pour les autres. — Quelquefois, l'injustice s'aggrave : le nombre des places vacantes étant bien inférieur à celui des candidats à pourvoir, de petits fonctionnaires se voient révoqués sans motif, ou brusquement congédiés. Si l'on y ajoute que les supérieurs, souvent mis eux-mêmes à la tête des services par un décret de la faveur gouvernementale, n'agissent plus que par sollicitation, le malheureux fonctionnaire exclusivement attaché à sa tâche, qui ne songe pas à faire valoir bruyamment ses droits, n'est jamais écouté au milieu de ce flot d'apostilles, de notes particulières, d'adjurations pressantes, et n'obtient jamais justice. (2) S'il s'abstient, il voit passer tous ses concurrents avant lui et ne tarde pas à aller grossir le

(1) Saint-Alban, « Le statut des fonctionnaires », *Mercure de France*, 1^{er} mai 1909.

(2) M. Chaigne parle, dans son rapport sur le statut des fonction-

nombre des mécontents ; ou bien, il fait comme les autres, et s'en va tirer la sonnette du personnage assez heureux pour approcher le ministre ou les chefs de service.

Des sollicitations de ce genre sont douloureuses ; elles aliènent l'indépendance de l'individu. Fréquemment répétées, (si l'on compte les grades et les classes, il n'y a pas moins d'une quinzaine d'échelons à franchir dans une carrière normale), elles font du fonctionnaire un perpétuel mendiant !

Faut-il s'étonner que sa dignité en souffre, que son caractère s'aigrisse, et que le découragement et l'irritation aient peu à peu grandi dans les services publics ? (1)

La révolte, cependant, n'éclata pas tout de suite. Longtemps les fonctionnaires, d'humeur traditionnellement optimiste et quète, pratiquèrent, sans même se piquer de stoïcisme, le *sustine et abstine* des anciens sages. Une voix s'élevait bien, de temps à autre, devant un fait particulièrement scandaleux !... Protestation isolée, vite étouffée, ou bien calmée par une « petite faveur », et la lourde machine administrative poursuivait sa route...

naires, de 105.000 lettres de recommandation adressées au seul sous-secrétaire d'État aux Postes et Télégraphes, à la veille d'un mouvement dans son personnel ! Rapport Chaigne, Ch. du Dép., 2 avril 1909, Doc. parl., p. 449, n° 2450.

(1) « La vie du fonctionnaire est pleine de lutttes acharnées », dit M. Julia dans le *Bulletin de l'Union des Administrations centrales des Ministères* (mars-avril 1910), — lutttes archarnées, lutttes sourdes, lutttes avilissantes !

Mais le mécontentement de ceux qui attendaient montait ; la sourde exaspération des appétits déçus l'emporta ! Un besoin subit de justice et d'honnêteté anima jusqu'aux moins scrupuleux : « Puisque je ne peux rien obtenir, il est monstrueux que d'autres obtiennent ; c'est un défi lancé à la morale publique !... » — De tout ce bouillonnement sortit la crise de 1905-1909, qui devait emplir toute la politique intérieure du pays.

Aux associations, qui s'étaient formées d'abord avec le caractère d'« amicales » pour devenir peu à peu des groupements professionnels — (1898-1905) (1) —, mais qui se bornaient à formuler respectueusement des vœux, à présenter des réclamations par la voie hiérarchique, en recherchant les sympathies du public, la bienveillance des chefs, l'appui du Parlement, succèdent les syndicats, c'est-à-dire des organes de combat. Menaces, pression, action directe, tels sont désormais les procédés employés. Plus de patronages poliques ; l'alliance avec la classe ouvrière ! Les associations qui n'adoptent ni cette forme, ni cette tactique, élèvent elles-mêmes le ton : ce ne sont plus des desiderata qu'elles formulent ; ce sont des revendications qu'elles présentent, des droits qu'elles réclament. Le syndicalisme gagne la plupart des services publics. Le gouvernement s'efforce de l'enrayer : on est en pleine effervescence.

(1) Cf. Cahen, *Les fonctionnaires, leur organisation corporative*, p. 113 à 140.

Grève des facteurs des postes à Paris, des gardiens de la paix à Lyon, grèves multiples dans les arsenaux, grèves parmi les ouvriers des Monnaies, des Tabacs et allumettes, — nous ne rappelons là que les principaux épisodes de la lutte. (1) — Le 22 mars 1907, paraît la lettre ouverte à M. Clémenceau, véritable déclaration de guerre envoyée au gouvernement par le Comité de défense du droit syndical. On se souvient de la philippique que le Président du Conseil adressa aux délégués des instituteurs, en réponse, (2) — réponse suivie de poursuites, d'ailleurs ; après avoir discuté, on frappait ; — enfin, en mars 1909, après une année d'agitation tumultueuse, se produisit l'épisode le plus caractéristique de cette crise, le plus grave pour la vie nationale : la Grève générale des Postes ; apaisée une première fois par une transaction, éclatant à nouveau deux mois après, en jetant, cette fois-ci, la panique dans l'opinion, elle fut réprimée en fin de compte par plus de 500 révocations !

De ce dernier conflit des résultats positifs devaient au moins sortir au point de vue de la paix publique : les syndicalistes étaient en déroute ; la politique gouvernementale triomphait.

Elle eut l'habileté, dès l'arrivée au pouvoir du cabinet Briand-Millerand, de ne pas abuser de sa victoire. Le pays, trop longtemps troublé, aspirait à la quiétude et à l'oubli ;

(1) Cf. Cahen, déjà cité, (p. 111 à 184).

(2) Annexée au rapport Jeanneney, (Doc. parl., 1909, n° 1213. P. 159 du rapport édité isolément).

du côté des fonctionnaires régnaient la lassitude et la division ; beaucoup d'entre eux regrettaient sincèrement les compromissions et les excès auxquels ils s'étaient laissé entraîner. Le gouvernement s'efforça d'amener la détente ; — et effectivement, depuis juillet 1909, un souffle d'apaisement est venu peu à peu assainir l'atmosphère politique.

Pourtant, avons-nous dit, si le mouvement des fonctionnaires semble s'être assagi, il n'est pas arrêté, loin de là. Leurs groupements ont pu renoncer, pour le moment, à l'agitation extérieure ; ils ne sont pas, pour cela, restés inactifs. Au dire de M. Cahen, « durant l'accalmie, en dépit de l'immobilité apparente, se poursuivent les transformations inévitables et se préparent les luttes fécondes ! » — Ces luttes, il faut les prévenir ! Notre société ne peut pas vivre ni se développer librement sous la menace de nouveaux conflits dans les services publics. On a reconnu, en outre, au sein même du gouvernement, que « si les fonctionnaires se trompent souvent sur le moyen le meilleur d'assurer le succès de leurs revendications, ils se plaignent justement d'abus auxquels il faut mettre fin » (1). Quelque résistance que l'on doive rencontrer de la part des bénéficiaires des mœurs actuelles, il faut donc élever une barrière énergique contre l'arbitraire et le favoritisme

(1) Barthou, ministre de l'Intérieur. Discours à Bordeaux, le 4 février 1906 (*Le Temps*, 5 février 1906).

dans la fonction publique, si l'on veut voir la paix y régner à nouveau.

Ces garanties, nous ne les devons pas seulement aux fonctionnaires par sentiment de justice. Il importe aussi de nous les donner à nous-mêmes, en la personne des fonctionnaires, — et par souci de bonne administration autant que par besoin de sécurité, — car le favoritisme entraîne avec lui une série de maux secondaires, qui vicie, en réalité, tout notre organisme social. Il est cause d'un déchet énorme, d'abord, dans le travail fourni dans les services publics : à quoi bon le zèle, en effet, là où l'intrigue suffit? — Surtout, il produit l'incompétence et la dépendance du fonctionnaire, deux choses qui finissent par rendre l'Administration suspecte aux administrés.

Or, dans un pays comme le nôtre, en regard des assemblées législatives qui changent et des gouvernements qui passent, l'Administration représente ce qu'il y a de stable et de permanent dans les pouvoirs publics. En elle devrait résider la véritable force de l'État. Mais cette force se corrompt si on la livre à la politique, et tout effort de réforme sociale en est dès lors compromis. C'est ce qu'a parfaitement exprimé M. Larnaude, dans sa préface de l'édition française de l'ouvrage de Laband (1) : « Ce qui importe surtout en droit public, dit-il, c'est de restreindre à sa fonction propre l'élément politique. Il faut l'écarter avec le plus grand soin de l'administration proprement

(1) *Droit public de l'Empire allemand*, t. I, p. 19.

dite ; sinon il la désorganisera. Si, en France, à l'heure actuelle, certaines réformes très justes dans leur principe éprouvent les plus grandes difficultés à se faire, si elles sont rares, constamment ajournées, combattues avec acharnement par les partis hostiles, qu'on n'en cherche pas plus loin la cause : on se méfie de l'Administration trop livrée à la politique. Le jour où on la saura bien recrutée, à l'abri des influences politiques, suffisamment indépendante, on n'hésitera plus à accepter des réformes qui seraient très dangereuses avec une administration politique, qui seraient excellentes, au contraire, et produiraient les meilleurs effets avec une administration simplement administrative. »

On peut ajouter : l'ingérence des politiciens dans l'Administration n'a pas corrompu seulement la notion de fonction publique, en la détournant de sa mission d'intérêt général pour en faire un moyen de domination politique, — elle a vicié aussi la représentation nationale. A passer leur temps à solliciter pour leurs électeurs auprès des ministres, les députés émoussent, en effet, leur pouvoir de contrôle sur le gouvernement, au point que pour un grand nombre d'entre eux ce pouvoir peut être tenu pour inexistant. Enfin, n'a-t-on pas signalé maintes fois l'action dissolvante que la pratique du favoritisme par les gouvernements exerce sur la moralité publique ?

Contre cet état de choses, il est donc urgent, à tous les points de vue, de réagir. La nécessité en est sentie d'un

peu de tous les côtés, depuis quelques années déjà. Reste à considérer les efforts tentés, — ce qui va nous amener à indiquer l'objet et l'intérêt de cette étude.

Les ennemis des lois ont dit tout d'abord : il faut réformer les mœurs ! Il faut faire renaître dans la conscience publique, des scrupules à l'encontre de ces habitudes de sollicitation ; et ils ont cité la campagne entreprise en Angleterre contre le *patronage system* (1). — A vrai dire, des efforts ont bien été tentés en ce sens par le Gouvernement, par le Parlement, par les fonctionnaires eux-mêmes. Depuis quelques années, chaque nouveau ministre, lorsqu'il reçoit son personnel à son arrivée au pouvoir, lui promet bien, le plus sérieusement possible, de ne s'inspirer dans les mouvements d'avancement que des notes hiérarchiques et des titres techniques. Aux Chambres, plusieurs propositions ont été inspirées par le dessein louable de résister au flot montant des sollicitations. Enfin, certains groupements de fonctionnaires, — des amicales d'instituteurs, notamment, — ont, un moment, fait prendre à leurs membres l'engagement d'honneur de ne plus recourir à l'intervention des hommes politiques. Malheureusement, au risque d'affliger les moralistes, il ne paraît pas que ces tentatives aient eu un succès tel qu'on ait pu songer à les généraliser.

A quoi bon, du reste, s'en prendre aux hommes quand c'est l'institution qui est en défaut ? Le sens de la réforme

(1) Cf. ce que M. Chaigne en a dit dans son rapport (déjà cité.)

doit être de soustraire le recrutement et l'avancement des fonctionnaires au pouvoir discrétionnaire du gouvernement, parce que « là est la porte ouverte à l'arbitraire » (1) : « *Pour enrayer le favoritisme*, écrit M. Salaün en tête d'une brochure récente, *il faut organiser l'avancement.* » En un mot, il faut mettre du droit là où règne le caprice. (2)

Dans ce sens, deux voies s'offraient.

Le gouvernement, d'abord, pouvait, par voie de décrets. prendre des précautions contre lui-même en renforçant l'embryon de réglementation qui existait déjà ; — et l'on ne peut pas nier, du reste, qu'en dépit de leurs propres résistances, malgré la coalition des intérêts particuliers et la force oppressive des traditions autoritaires, quelque chose n'ait été fait à ce point de vue par les différents gouvernements qui se sont succédé en France depuis une quinzaine d'années. Presque partout, les prétendues nécessités de l'autorité cèdent du terrain : tel corps, considéré jusqu'hier comme devant être entièrement soumis au choix discrétionnaire, est reconnu aujourd'hui pouvoir lui être soustrait pour un quart, puis pour moitié, puis pour trois quarts ; et le choix discrétionnaire lui-même passe du régime absolu, sans réserves, au régime des restric-

(1) GeorGIN, déjà cité, p. 321 et s.

(2) « L'État, disait à son cours M. LARNAUDE en annonçant la théorie du droit public, tend de plus en plus à devenir *un organisme de droit*, c'est-à-dire un organisme où tous les mouvements se règlent d'avance. » La seule manière de limiter l'État est de l'enfermer dans le Droit. Pourquoi les rapports de l'Administration avec les fonctionnaires échapperaient-ils seuls à ce mouvement ?

tions, — conditions d'âge d'abord, conditions de durée de services ensuite, puis conditions de nature des services, etc.. ; nous en trouverons maints exemples par la suite.

Mais le régime des décrets présente bien des inconvénients. Les règles ainsi posées sont fragiles : il suffit, la plupart du temps, de la volonté d'un ministre exprimée sous une forme impersonnelle et générale, pour les faire tomber, quand elles gênent, quitte à les rétablir ensuite. Elles manquent, par la force des choses, de cohésion et d'unité, chaque ministre réglementant de son côté sans avoir à se préoccuper de ses voisins. Surtout, elles sont pleines de « fissures », que l'exécutif a pris soin de s'y ménager pour réserver à son pouvoir arbitraire le plus d'écoulement qu'il peut (1). Forcé de poser des règles contre lui-même, le gouvernement ne s'y résigne pas seulement le plus tard possible ; il s'y résigne aussi avec le plus de réticences possibles. Ce n'est pas là du droit sérieux et sincère.

La question s'est donc posée de faire intervenir le Parlement, le législateur, pour consacrer par une loi, par une charte s'appliquant à l'ensemble des services publics, la réglementation nécessaire : c'est la question du *statut des fonctionnaires*. Son importance n'a pas besoin d'être soulignée ; elle ne tend à rien moins qu'à doubler la Constitution politique de la République par une Constitution

(1) Cf. le développement de cette critique dans Georgin (déjà cité, p. 112.)

administrative. — Les républicains de 1789 l'avaient déjà réclamée ; ceux de 1848 faillirent la donner à la France ; depuis, malheureusement, l'histoire de cette réforme est faite de résistances obstinées, plus ou moins avouées, causes d'ajournements perpétuels. Dix fois, en soixante-cinq ans, la tentative fut renouvelée de mettre un frein au caprice en imposant une législation tutélaire ; dix fois le gouvernement, quel qu'il fût, réussit, avec la complaisance du Parlement, à faire échouer l'entreprise, au nom du principe d'autorité ! Telle est, chez nous, la superstition des nécessités gouvernementales ! Cette réglementation légale que la monarchie prussienne a acceptée dès 1873, notre gouvernement républicain n'a pu se décider encore à l'introduire en France ! (1)

L'échéance paraît proche, pourtant. La question du statut semble s'être installée à l'ordre du jour de la Chambre d'une façon assez décisive : il faut espérer que les pouvoirs publics finiront par s'exécuter, — quitte à contester le montant de leur dette, car ministres et députés tirent trop de profits d'influence de la situation actuelle pour y renoncer intégralement et d'un seul coup.

— En attendant, une tâche immédiate s'offrait ; et nous arrivons au rôle joué dans cette question par le Conseil d'État comme tribunal administratif :

Avant de songer à parfaire la législation de la fonction

(1) Cf. l'histoire de ces tentatives dans Georgin (déjà cité, p. 81 à 98).

publique, un premier devoir incombait aux pouvoirs publics, celui d'assurer le respect de la réglementation existante.

Or, dans les premières années de ce siècle, nos ministres ne se contentèrent pas de pratiquer dans la distribution des places ce que l'on peut appeler l'*arbitraire légal*, c'est-à-dire celui que leur permettaient les lacunes de la réglementation, et qui réservait pourtant assez d'écoulement à un favoritisme modéré. Ils eurent l'imprudence, — on pourrait dire l'impudence, puisque ce sont eux les agents suprêmes d'exécution de la loi, — de pratiquer l'*arbitraire franchement illicite*, en se moquant avec la plus complète désinvolture, dans nombre de leurs nominations et promotions, des règles expressément écrites dans les lois ou dans les règlements.

Quel recours avaient, dans ce cas là, les fonctionnaires lésés ?

Par une rigueur qui nous paraît un anachronisme aujourd'hui, il n'y a pas dix ans la jurisprudence du Conseil d'État ne permettait pas, en principe, à un fonctionnaire de réclamer en justice contre une nomination faite au mépris des règlements en vigueur dans son service ; elle rejetait son recours. — Au fond, sous les théories juridiques, c'était toujours la même superstition de l'autorité que celle que nous avons signalée dans l'état d'esprit du plus grand nombre des hommes politiques eux-mêmes : l'idée que le gouvernement pût s'oublier jusqu'à violer la loi ne semblait pas néfaste à la discipline ; mais.

l'idée qu'un fonctionnaire pût demander à un tribunal si, par hasard, le gouvernement n'avait pas violé la loi, cette idée là paraissait destructive de toute autorité ! N'a-t-on pas cependant assez répété, depuis un siècle, que l'autorité n'est que le « *droit armé* » ? que ce n'est pas le fait de la rappeler au droit qui peut lui porter préjudice, mais le fait, de sa part, de s'en écarter ? En purgeant l'autorité de toutes les impuretés qui peuvent s'y mêler, on ne l'affaiblit pas ; au contraire, on la fortifie doublement : d'abord parce qu'on la délivre de germes de corruption, et ensuite parce qu'on l'incite à se défendre elle-même, à l'avenir, contre ses tentations et contre ses excès !

C'est ce dont, sous la pression des événements, le Conseil d'État finit pas se rendre compte. Abandonnant son ancienne jurisprudence, il a peu à peu ouvert aux fonctionnaires la porte de son prétoire, — acceptant d'abord d'annuler pour excès de pouvoir, au profit d'un cercle de plus en plus étendu d'intéressés, les décisions irrégulières de l'Administration, — proclamant même, par la suite, la responsabilité de celle-ci vis-à-vis de ses agents, lorsqu'une réparation positive était nécessaire.

Au point de vue juridique, cette jurisprudence constitue une construction originale ; on assiste, à la suivre d'arrêt en arrêt, à une sorte de création prétorienne de droit qui valait d'être étudiée.

Le Conseil d'État a su agir, dans cette œuvre bienfaisante, avec toute la prudence, mais aussi avec toute la fermeté qui convenaient : il a moralisé l'Administration

sans l'entraver. — Tout en se tenant dans la sphère de ses attributions, il a fait, en somme, pour la protection des fonctionnaires, ce que le législateur tardait à faire; et, lui facilitant sa tâche, il a dégagé lentement des espèces qui lui étaient soumises au jour le jour les règles qui devront présider à la confection d'un statut général de la fonction publique.

Aujourd'hui, l'œuvre est prête; la réforme, suffisamment mûrie, peut être réalisée. C'est pourquoi, au moment où la question des fonctionnaires passionne l'opinion publique et donne lieu à tant de controverses dans la presse, au Parlement et parmi les fonctionnaires eux-mêmes, nous avons pensé qu'il serait intéressant d'étudier cet admirable mouvement jurisprudentiel du Conseil d'État qui a amené la question du statut à maturité.

Une étude d'ensemble des garanties juridictionnelles accordées aux fonctionnaires en matière de recrutement, d'avancement et de mesures disciplinaires aurait été souhaitable. Mais une partie de cette étude, la dernière, a déjà paru, en 1910, sous le titre « Garanties accordées aux fonctionnaires contre les actes qui les révoquent » (1).

Pratiquement, du reste, sur mille fonctionnaires en service on n'en rencontre par dix qui, au cours de leurs 25 ou 30 années de carrière, aient à souffrir d'une mesure disciplinaire irrégulière, tandis qu'ils sont tous exposés, tous les jours, à toutes les étapes de leur carrière, à des

(1) Lucien Lacourte, Thèse, Paris, 1910 (A. Rousseau, éd.)

injustices de toute nature dans ce qui les intéresse le plus, eux et le service de la nation : l'avancement de grade en grade. Nous nous bornerons donc au recrutement et à l'avancement.

Après avoir rassemblé et étudié tous les arrêts marquants, nous nous efforcerons de tirer des diverses espèces particulières des solutions générales que nous essayerons de classer. — La tâche n'est pas toujours aisée, le Conseil d'État paraissant juger surtout en fait, sans doctrine bien apparente. Ses décisions, en outre, sont toujours brèves, laconiques ; souvent, elles se contentent d'affirmer la qualité ou le droit du requérant, sans en donner de motifs ; souvent aussi, leurs véritables raisons sont masquées par des formules anciennes et défectueuses, conservées à tort. Heureusement, les conclusions des commissaires du gouvernement, développées en général avec une admirable netteté, viennent suppléer à cette pénurie de doctrine dans la mesure relativement faible, il est vrai, où elles sont publiées. Mais les principes qu'elles exposent sont-ils toujours en conformité avec ceux qui ont déterminé le Conseil ? Sous cette même réserve, quelques notes de M. Jèze, dans la *Revue de Droit Public*, nous ont été également précieuses.

— Comme divisions, notre matière se divise d'elle-même : nous suivrons l'ordre et la classification naturelle des recours. Il n'y a pas de raison d'y déroger, sinon pour faire une place à part, vu son importance, à l'étude des recours des associations de fonctionnaires, au lieu de

la ranger dans celle des conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir.

Un chapitre préliminaire de généralités sur les diverses voies de recours qui s'offrent aux fonctionnaires lésés par une nomination illégale dans leurs services nous mènera le plus rapidement possible au principal chapitre de cette étude, au recours en annulation.

CHAPITRE PREMIER

VOIES DE RECOURS

OUVERTES AUX FONCTIONNAIRES CONTRE UNE NOMINATION ILLÉGALE DANS LEURS SERVICES

Pour que les fonctionnaires de carrière soient réellement protégés dans leur avancement contre le favoritisme, il ne suffit pas que des précautions soient prises dans les textes ; il faut encore que ces textes puissent être respectés en pratique. Quand le pouvoir a posé des règles contre lui-même, quand il a remplacé le régime de l'arbitraire par un régime de droit, quelque loyales qu'aient été ses intentions, il n'a pas tout fait, loin de là : cette réglementation n'a que la valeur d'une promesse ; rien ne dit que ce ne soit pas là une simple façade derrière laquelle peut se passer, l'expérience le prouve, tout le contraire de ce que l'on est en droit d'espérer. Il reste à organiser un système de contrôle, une sanction. — « C'est à l'existence et à la valeur d'une sanction que se mesurent l'efficacité et la perfection d'une législation » (1).

(1) Jacquelin, *Principes dominants du contentieux administratif*, préface.

Quelles sont donc les *voies de recours* qui s'offrent à un fonctionnaire contre une atteinte au statut de sa fonction, — et que valent-elles ?

Responsabilité ministérielle. — Dans notre régime, lorsque le fonctionnement des différents pouvoirs est normal, tout administré victime d'une injustice de la part du pouvoir exécutif, peut espérer trouver un premier défenseur auprès du Parlement par la *mise en jeu de la responsabilité politique des ministres* ; — voie de recours indirecte, du reste, dont l'exercice est subordonné au concours d'un homme politique, intermédiaire obligé, qui agit comme il l'entend et quand il veut.

Même occasionnel, ce moyen extrême et lointain n'a pas de chance sérieuse d'aboutir quand il s'agit d'une nomination dans les services publics. Il est, en effet malheureusement certain aujourd'hui que le Parlement est sans qualité pour demander utilement compte au Gouvernement d'une nomination injustifiée dans le personnel de l'État : ce sont les parlementaires qui se sont faits les instigateurs des abus ; chacun d'eux a trop souvent sollicité pour se sentir encore l'autorité d'un juge en la matière (1). Il est moins que probable, au reste, qu'on voie jamais des complices juger et condamner l'auteur principal d'un fait répréhensible.

(1) L'aveu en a été fait devant la Chambre par M. Drelon : (Ch. des Députés, 28 juin 1910. Déb. parl., p. 2325).

Sans doute, des interpellations se produisent, quelquefois, à propos de nominations ou d'avancements scandaleux (1). Mais alors, ou bien le Ministre fait remarquer que c'est son prédécesseur qui a pris la décision, ou bien, si c'est lui qui en est l'auteur, il se borne à dire qu'il « a agi sous sa responsabilité », ce qui revient à poser la question de confiance ; et il sait bien, en disant cela, que la Chambre ne peut pas renverser un ministère sur une question de nomination.

En matière de collation d'emplois publics, la responsabilité ministérielle n'est pas une garantie sérieuse.

Recours gracieux. — Les fonctionnaires peuvent-ils fonder plus d'espoir sur le contrôle hiérarchique, sollicité par le « recours gracieux » (2) ? Il ne semble pas ; au con-

(1) Cf. celle de M. Sibille. (Ch. des Députés, 13 février 1905, Déb. parl. p. 294) et la réponse de M. Gauthier, Ministre des Travaux publics. « Du moment que je suis resté dans la limite de mon pouvoir discrétionnaire, nul n'a le droit de contester ma décision ! » Singulière notion du régime parlementaire !

Cf. aussi : Gervais (Ch. des Députés, 11 mars 1906. Déb. parl., p. 1153).

Steege (Ch. des Députés, 13 mai 1907. Déb. parl., p. 980).

Reinach (Ch. des Députés, 9 juillet 1909. Déb. parl., p. 1942).

Bouisson (Ch. des Députés, 12 avril 1911. Déb. parl., p. 2000).

(2) Je suppose connues les distinctions classiques entre les recours. Voici pour mémoire les notions essentielles sur le recours gracieux. C'est une requête qui peut être adressée, soit à l'auteur de la décision, — recours gracieux proprement dit, — soit au supérieur hiérarchique, le plus souvent au Ministre, — recours hiérarchique. — Sa caractéristique est de n'avoir rien de juridictionnel ; c'est un recours pure-

traire, cette voie de recours est encore plus suspecte que l'autre ; ce ne serait plus aux complices des abus que les victimes s'adresseraient pour les réprimer, ce serait à l'auteur même, c'est-à-dire, les trois quarts du temps, au ministre, qui serait ainsi juge et partie !

Et même en cas de succès, même si la réclamation de son subordonné faisait prendre conscience au ministre de l'injustice faite, et lui donnait la velléité de la réparer, que peut-il faire pour revenir sur l'acte irrégulier ? Une nomination ne peut être annulée que par une décision contentieuse. (1) Une décision administrative ne peut que la rapporter, et encore, à certaines conditions : en effet, du jour où il a été notifié à l'intéressé, un arrêté de nomination, même s'il a été pris dans des conditions irrégulières, confère à celui-ci un droit sur sa fonction ; le titulaire, c'est une garantie très naturelle contre l'arbitraire, ne peut pas en être dépossédé, sans son consentement, autrement que par un arrêté de révocation pris dans les formes

ment administratif. Par conséquent, il n'est pas besoin pour l'exercer d'agir dans un certain délai, suivant certaines formes, en satisfaisant à certaines conditions, ainsi que nous le verrons pour le recours contentieux. Le recours gracieux peut être présenté librement, à toute époque, pour toute espèce de motif. Il peut faire valoir des raisons de fait, d'opportunité, d'équité, aussi bien que des raisons de légalité. Parce qu'administratif, par contre, le supérieur peut n'y pas répondre, sans commettre de déni de justice.

(1) « Seul le Conseil d'État a qualité pour apprécier, à l'occasion d'un litige, la légalité d'une nomination », arrêt Requin, 26 juin 1908. Cf. *infra*.

prévues par les règlements, ou par un arrêt du Conseil d'État.

Un ministre ne peut donc rapporter de lui-même la nomination d'un fonctionnaire sans s'exposer à un recours pour excès de pouvoir de la part de celui-ci. Il faut l'acquiescement de l'intéressé pour que la décision de retrait soit valable, qu'il y consente expressément, — par une lettre, par exemple, — ou tacitement, en laissant passer les deux mois du délai de recours, à partir du retrait, sans protester (1). Il est probable que cet acquiescement n'irait pas, d'autre part, sans la promesse d'une compensation. Nouveaux embarras! On le voit, il y a trop de difficultés, en droit comme en fait, pour que le recours gracieux puisse aboutir par lui-même, en matière de nomination.

Accompagnant un recours contentieux, une réclamation hiérarchique peut servir : elle peut éviter à un fonctionnaire l'ennui d'entrer en lutte avec son ministre et de faire annuler par justice une de ses décisions. Devant la probabilité de l'annulation, de sa publicité, de ses conséquences sur la jurisprudence, le ministre pourra préférer

(1) C'est ce que l'Association professionnelle des rédacteurs du Ministère de l'Intérieur avait fait valoir au Ministre dans une affaire Mouillot, qui fit quelque bruit en 1905 (relatée par Alcindor, (article sur le statut des fonctionnaires, *Revue générale du droit*, t. XXXIII, p. 317 et s.). Il y eut discussion entre l'Association professionnelle des rédacteurs et le Ministre sur les conditions du retrait d'une nomination qui avait failli susciter le dépôt d'une plainte en faux. C'est à ces conclusions qu'elle aboutit.

rapporter sans bruit la nomination critiquée, avec le consentement du bénéficiaire. Mais du recours gracieux seul, le fonctionnaire n'a rien à attendre. Pas plus que le contrôle parlementaire, le contrôle hiérarchique ne constitue pour lui une protection dont il puisse faire état.

Recours juridictionnel. — La seule sanction effective des garanties que les fonctionnaires trouvent, pour la régularité de leur avancement, dans les règles d'admission aux fonctions publiques, ne peut être qu'un *recours juridictionnel*. Tout autre moyen est insuffisant. Pour arriver à une bonne organisation du recrutement et de l'avancement dans les services publics, il faut que les intéressés aient un *moyen de droit* qui leur permette de signaler toute irrégularité à une autorité impartiale, statuant dans la forme juridictionnelle, et qui ait l'obligation de répondre à tous les recours, en appliquant aux décisions attaquées *toute la loi* (1).

Étant donné l'état d'esprit de notre haute administration en France, il faut avouer qu'un tel contrôle n'était pas chose aisée à réaliser. De quel prestige et de quelle indépendance un tribunal doit-il disposer, en effet, pour oser s'attaquer aux grands chefs de la hiérarchie administrative, et leur imposer une surveillance qui ne peut leur apparaître que comme une diminution intolérable de leurs pouvoirs ! Et de quelle conscience avertie des nécessités

(1) Cf. *Revue de droit public*, Jèze, 1904, p. 517 et s.

de nos services publics il lui faut faire preuve, en même temps, pour pouvoir moraliser l'Administration sans l'entraver ! Ce sont cependant ces qualités qui ont permis au Conseil d'État de mener à bien l'œuvre qu'il a entreprise à ce sujet depuis une dizaine d'années.

En dehors de la loi, sans qu'elle ait eu à intervenir, il a élaboré la protection de la fonction publique. — Depuis longtemps déjà, on réclame du Parlement le vote d'un statut général des fonctionnaires que l'on croit indispensable à une sincère réforme administrative : rien n'est encore venu. En attendant, donc, le Conseil d'État a fait ce qu'il a pu dans la sphère de ses attributions ; sans doute, il n'a pu établir des textes nouveaux, mais à l'aide des règlements existants, il a su assurer aux fonctionnaires une protection suffisante pour restreindre, dans une large mesure, l'arbitraire jusque là souverain des ministres et des chefs de service. C'est chose faite aujourd'hui ; abandonnant peu à peu les préjugés autoritaires dont sa jurisprudence était encore imbue à la fin du siècle dernier, il s'est affirmé, à l'heure actuelle, le contrôleur vigilant de toutes les décisions qui touchent au recrutement de la fonction publique.

Ce hardi mouvement de jurisprudence, nous allons en étudier tout au long la technique. Avant d'entrer pourtant dans le détail des ressources qu'offre chacun des recours possibles, — pour faire mesurer d'un regard le chemin parcouru, mettons, en face l'un de l'autre, *le point de départ de cette évolution et son point d'arrivée* :

Au début du siècle dernier, la jurisprudence administrative « se refusait systématiquement à reconnaître aux fonctionnaires l'ombre d'une garantie contre l'arbitraire (1) », exception faite pour quelques catégories privilégiées, les officiers par exemple, en faveur de qui des textes législatifs étaient formels.

La thèse invoquée était celle-ci : Les Ministres, seuls responsables devant le Parlement et l'opinion, sont libres de prendre telles mesures qu'il leur plaît pour satisfaire aux besoins généraux du pays. Les règles posées par l'Administration pour l'organisation des services, le recrutement et l'avancement des agents, existent uniquement « dans l'intérêt d'une bonne administration » ; elles ne peuvent conférer de droits à personne : nul ne peut se prévaloir de leur inobservation pour faire aboutir un recours contentieux (2). Le Conseil d'État allait même jusqu'à frapper d'une amende les avocats assez téméraires pour présenter un pourvoi de cette nature (3).

Aujourd'hui, voici en substance la thèse qu'on peut dégager de la jurisprudence : Le pouvoir de nomination n'est qu'une compétence légale, que l'attribution d'une fonction, dont l'exercice est plus ou moins minutieusement réglé par

(1) Cf. *Revue de droit public*, 1904, p. 517 et s. (note de M. Jèze).

(2) « L'exercice du droit de nomination à un emploi public, dit un arrêt, sous la Restauration, ne peut, dans aucun cas, donner lieu à un pourvoi devant nous par la voie contentieuse. » Cf. *infra*.

(3) De Courso, 13 mars 1822.

Delandine de Saint-Esprit, 10 août 1825 et 23 novembre 1825.

la loi ou les règlements. Ce pouvoir se trouve naturellement limité, en outre, par le *but de la loi de la fonction*, dont il ne peut être détourné. L'agent qui est revêtu de cette compétence a le devoir juridique de ne l'exercer que dans les conditions de la loi, et pour atteindre le but légal.

D'où, comme sanctions, les conséquences suivantes :

1° Toute violation de ce devoir constitue un excès de pouvoir, dont la sanction est le *recours en annulation* par devant le Conseil d'État, dans les conditions ordinaires ;

2° En cas de préjudice spécial causé par une nomination illégale, et non réparé par l'annulation, la réparation de ce préjudice pourra donner lieu à un *recours de plein contentieux*.

Enfin, le Conseil d'Etat s'est rendu compte qu'isolés, les fonctionnaires peuvent hésiter à entrer en lutte contre l'Administration, tandis que, groupés, ils sont mieux à même de se défendre contre l'illégalité : il a donc admis les recours des associations de fonctionnaires.

CHAPITRE II

DU RECOURS EN ANNULATION (RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR) (1)

Le recours pour excès de pouvoir n'est pas une action en justice comme les autres ; c'est un recours *de nature*

(1) Pour une théorie générale, V. les traités classiques :

Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, II, p. 520 et s.

Hauriou, *Précis de droit administratif*, p. 430 et s.

Duguit, *L'Etat, les gouvernants et les agents*, p. 533.

Aucoc, *Conférences*, I, p. 510, et *Communication à l'Académie des Sciences morales et politiques*, 1878, 2^e semestre, p. 52 et 242.

Berthélemy, *Traité de droit administratif*, p. 911.

— Il a paru aussi un certain nombre d'ouvrages spéciaux qui ont considéré le recours pour excès de pouvoir des points de vue les plus différents et les plus originaux.

Cf. notamment :

Jacquelin, *Principes dominants du contentieux administratif*, p. 227 et s.

Artur, *Revue de droit public*, 1900, 1902 et 1903. *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions*.

Barthélemy, *Théorie des droits subjectifs des administrés* (thèse, Toulouse, 1899).

Baudouin, *La notion d'intérêt dans le recours pour excès de pouvoir* (thèse, Paris, 1904.)

Tournyol du Clos, *Essai sur le recours pour excès de pouvoir* (thèse, Paris, 1905) etc., etc.

hiérarchique mis à la disposition des administrés, pour la sauvegarde de leurs intérêts, contre les abus possibles d'autorité de la part des représentants de la puissance publique.

Seulement, parce que le recours hiérarchique proprement dit, adressé au pouvoir contre un acte du pouvoir, est une trop maigre garantie, comme nous l'avons vu, pour l'individu, il a tendu à perdre la forme « gracieuse » pour prendre la forme juridictionnelle.

C'est une *pétition* qui s'est muée en *action*.

La jurisprudence, lentement, d'espèce en espèce, lui a frayé ce chemin.

Le recours pour excès de pouvoir était déjà formé et développé avant d'être consacré et réglementé par la loi :

Le principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire ne permettait pas qu'on réclamât devant les Tribunaux contre les actes, mêmes irréguliers, des autorités administratives. Comme il fallait bien cependant admettre ces réclamations devant une autorité quelconque, une décision d'espèce de l'Assemblée constituante, la loi du 7-14 octobre 1790, intervenue sur un conflit en matière de grande voirie entre le directoire du département de la Haute-Saône et la municipalité de Gray, avait décidé qu'elles seraient portées devant le chef de la hiérarchie administrative.

Cette décision fut tirée de l'oubli où elle était tombée, lorsque, à partir de 1831, — au moment où l'on donna aux

intéressés le droit de se faire défendre devant le Conseil d'État, — le besoin se fit sentir de justifier par un texte les solutions nécessaires ; ce texte d'occasion, la loi du 7-14 octobre 1790, servit donc à étayer la création jurisprudentielle du recours pour excès de pouvoir, jusqu'au jour où la loi du 24 mai 1872 vint enfin donner à celui-ci sa véritable consécration législative, en accordant au Conseil d'État un droit de décision propre « sur les recours « en matière contentieuse administrative, et sur les « demandes d'annulation pour excès de pouvoir, formées « contre les actes des diverses autorités administratives. »

— Comme principales caractéristiques pouvant le différencier d'une manière externe du recours contentieux proprement dit, (1) signalons tout de suite, — sa condition de recevabilité : le recours pour excès de pouvoir, cela tient précisément à sa nature hiérarchique, ne suppose qu'une simple lésion d'intérêt, tandis que l'exercice du recours de plein contentieux est subordonné à la violation d'un droit en la personne du requérant ; — son objet : le recours pour excès de pouvoir ne peut prétendre à la réformation de l'acte attaqué, mais seulement à son annulation, dont l'effet vaut *erga omnes* ; — ce qui est encore un signe que le Conseil d'État n'exerce pas en l'espèce un simple pouvoir juridictionnel.

— En résumé, on le voit, comme physionomie générale,

(1) Pour les distinctions à faire entre les deux recours, V^o *Revue de droit public*, 1901, II, p. 273 et 476.

une création prétorienne, spontanée, libre, qui peut être, aux mains d'une juridiction ferme, une arme légale excellente pour assurer aux individus les garanties nécessaires à la sauvegarde de leurs intérêts contre toute espèce d'abus d'autorité. — M. Hauriou disait, en 1894, qu'avec le recours pour excès de pouvoir, le Conseil d'État pourrait « pourchasser tous les vices de l'Administration (1) ». C'est bien ce qu'il a entrepris de faire, depuis une dizaine d'années, dans le domaine du recrutement de la fonction publique. — Voyons maintenant comment il s'y est pris.

PREMIÈRE SECTION

Des Conditions de Recevabilité

I. — APTITUDE AU RECOURS

Intérêt exigé de l'individu qui demande l'annulation d'une nomination

La qualité pour agir règle le débit des cas d'ouverture du recours. Selon que la jurisprudence se montre, pour l'octroyer, généreuse ou réservée, le contrôle de la régularité des actes de l'Administration passe dans les faits, ou reste dans les livres.

Sans doute, depuis le commencement du siècle dernier,

(1) Sirey, 1894. 3. 129, note sous Bied-Charreton, 20 février 1894.

il existe bien, théoriquement, un recours organisé contre les actes illégaux de l'Administration ; il semble que les fonctionnaires eussent dû trouver en lui, tout naturellement, une garantie efficace, lorsqu'ils voyaient leurs chances d'avancement compromises par une nomination irrégulière dans leurs services. En fait, il n'en fut rien. A part quelques catégories privilégiées, l'immense majorité d'entre eux ne pouvait user du recours pour excès de pouvoir, la jurisprudence ne leur reconnaissant *pas qualité pour agir*.

La première innovation qui s'imposait à la bonne volonté du Conseil d'État, du jour où celui-ci se décida à protéger les fonctionnaires comme les autres citoyens, fut de leur octroyer cette qualité. C'était le premier pas à faire, celui qui devait être la condition de tous les autres. Nous allons montrer par quels procédés techniques et selon quels degrés ce résultat fut obtenu. Excusons-nous, malheureusement, d'être obligés, pour faire comprendre le mécanisme de cette première évolution de jurisprudence, de reprendre les choses d'un peu haut :

DE L'APTITUDE AU RECOURS EN MATIÈRE DE NOMINATION,
AU COURS DU SIÈCLE DERNIER

Successivement, deux fins de non recevoir, dans la jurisprudence primitive, furent opposées aux recours introduits contre des nominations illégales.

I. — *Fin de non recevoir tirée de la théorie des actes
dits « de pure administration »*

Un premier obstacle à l'admission des plaintes des fonctionnaires en matière de recrutement de la fonction publique, fut l'idée, admise pendant la plus grande partie du siècle dernier, que l'exercice du pouvoir de nomination est un *acte de pure administration*, soustrait comme tel au contrôle du juge administratif.

Les actes de pure administration, dit M. Laferrière (1), « sont les « actes que l'Administration accomplit d'après « sa libre appréciation, afin de pourvoir aux intérêts généraux ou particuliers, et non pour satisfaire des droits ou « la loi. Telles sont les mesures de police, les nominations « et révocations de fonctionnaires,..... actes dans lesquels « domine la libre appréciation de l'Administration ». Une nomination de fonctionnaire fut donc considérée, à l'origine, comme inattaquable par la voie contentieuse, parce qu'elle se rattache au pouvoir discrétionnaire dévolu par la Constitution au chef de l'État pour la répartition des emplois publics.

C'est ainsi qu'en 1834, le Conseil d'État refuse d'examiner les pourvois de cinq professeurs de la Faculté de droit (Bugnet, Demante, Duranton, Deportez et Ducaurroy), contre la nomination de M. Rossi à une chaire de la Faculté, « parce que, dit-il, l'arrêté par lequel le sieur Rossi a été

(1) Laferrière II, p. 446.

« nommé professeur, est un *acte de pure administration* » qui ne peut donner lieu à un recours contentieux (1). »

— « La décision du ministre n'est *pas de nature* à nous être déférée par la voie contentieuse », objecte-t-il ailleurs à une requête analogue (2);

— Ou bien encore, autre formule plus récente : « La décision du préfet de la Seine.... a été prise *dans l'exercice des pouvoirs d'administration qui lui appartiennent* : dès lors elle n'est pas susceptible de recours » (3). Tous les arrêts analogues reproduisent cette même fin de non recevoir (4).

Bien mieux, dans son hostilité contre ces recours qu'il tenait pour dangereux pour la discipline administrative, le Conseil d'État allait jusqu'à prononcer des amendes contre les avocats qui se risquaient à lui en présenter (5). — procédé significatif de la persistance des préjugés autoritaires dans la haute administration française au cours du XIX^e siècle : les ordres de la puissance publique doivent s'imposer sans discussion, fussent-ils entachés d'erreur, de faute ou d'abus, quand il s'agit d'« administration proprement dite ! »

(1) Buguet contre Rossi, 23 octobre 1835.

(2) Lainné, 21 juillet 1853.

(3) Joubert de la Mothe, 9 août 1893.

(4) Delandine de Saint-Esprit, 10 août et 23 novembre 1825 (*Rec.*, p. 443 et p. 701).

Perrier, 30 juillet 1840 (*Rec.*, p. 265).

Bonnet, 7 juillet 1863 (*Rec.*, p. 527, etc., etc.).

(5) Cf. de Courso, 13 mars 1882 (*Rec.*, p. 256) et Delandine de Saint-Esprit, 10 août et 23 novembre 1825 (déjà cité).

Pourtant, cette rigueur ne devait pas rester longtemps aussi absolue. Une exception à l'irrecevabilité radicale de toute réclamation contentieuse en matière de recrutement des services publics se fit jour, lorsque la loi s'avisa de fixer l'état de certaines catégories de fonctionnaires.

Tel fut le cas de la loi du 14 avril 1832, sur l'armée, qui donna aux officiers l'avancement à l'ancienneté. Elle ne fut pas considérée comme une simple loi d'organisation d'un service public. En décidant que, dans les grades subalternes, telle proportion de titulaires serait nommée à l'ancienneté, en incorporant ce rang d'ancienneté dans l'état des officiers, elle fut censée accorder à ceux-ci de véritables *droits*, que l'Administration ne pourrait méconnaître sans s'exposer à un recours contentieux.

Une promotion illégale cessait donc, lorsqu'elle avait lieu au tour d'ancienneté, d'être inattaquable par la voie contentieuse, parce qu'elle violait des *droits acquis en vertu de la loi*.

Les termes des arrêts expriment nettement ce changement. Prenons, par exemple, un arrêt qui soit antérieur à la loi de 1832 : De Curso, 13 mars 1822 (*Réc.*, p. 250). Conformément à la théorie originaire, il déclare que « les réclama-
« tions relatives à des concessions de grades militaires
« ne sont susceptibles, sous aucun rapport, d'être intro-
« duites par la voie contentieuse. » — Intervient la loi du 14 avril 1832 ; le Conseil d'État hésite d'abord assez longtemps avant de l'interpréter comme enlevant aux décisions concernant la nomination des officiers à l'an-

cienneté leur caractère primitif d'actes de pure administration. C'est ainsi que, bien qu'il s'agisse d'une réclamation fondée sur la nouvelle loi, nous voyons encore, en 1834, dans un arrêt Brun, 21 mars 1834, (*Rec.*, p. 204) que « la « demande d'un grade militaire ne peut faire l'objet d'un « recours contentieux. »

Il faut attendre jusqu'en 1840 pour voir inaugurer la nouvelle jurisprudence : Periers, 30 juillet 1840 (*Rec.*, p. 265) : — Le sieur Periers, capitaine au 1^{er} régiment de ligne, se trouvait, en 1837, l'un des plus anciens de son grade, et il allait passer par ancienneté chef de bataillon, lorsque le Ministre de la Guerre l'appela au commandement d'une compagnie de vétérans. Cette décision détruisait ses espérances d'avancement. — Après avoir obéi, il adressa une réclamation au Ministre de la Guerre, puis au Conseil d'État. Il demandait, outre l'annulation de la décision, son renvoi devant le Ministre pour être nommé chef de bataillon à l'ancienneté. Son pourvoi fut admis, puis rejeté, au fond, mais par ces motifs explicites, « que le sieur Periers « n'aurait eu *droit* de réclamer un emploi de chef « de bataillon à titre d'ancienneté qu'autant qu'un de ces « emplois aurait été donné à un officier moins ancien de « grade que lui. »

L'accès de la juridiction administrative est donc donné aux officiers, en matière de recrutement, pour la défense de leurs *droits*.

Désormais, leurs recours allaient être admis soit contre les décisions qui modifiaient à tort leur rang d'ancienneté

sur le tableau d'avancement, soit contre les promotions qui le méconnaissaient (1).

— Quelle était la nature de ce recours ?

Ce ne fut pas d'abord le recours pour excès de pouvoir ; c'était au recours distinct, appelé « recours contentieux, recours par la voie contentieuse », qui était tenu pour un recours de pleine juridiction. La loi de 1790, fondement législatif du recours pour excès de pouvoir, n'y était pas mentionnée ; seules y étaient visées les lois ou ordonnances sur l'état et l'avancement des officiers.

Cette conformité se poursuivait dans les éléments : l'objet du recours était conforme à celui du recours de plein contentieux, *une restitution dans un droit* ; sa condition de recevabilité, la justification de ce droit ; son fondement, le principe que tout acte administratif qui

(1) Par exemple, l'arrêt Fontan, 23 décembre 1852 (*Rec.*, p. 530), admet la réclamation d'un lieutenant d'infanterie de marine contre la perte d'ancienneté résultant pour lui d'un changement d'arme.

Voir parmi les nombreuses autres décisions analogues :

Perraud, 18 juin 1846 (*Rec.*, p. 331).

Rochat 21 août 1853 (*Rec.*, p. 483).

De Vernon, 1^{er} juin 1855 (*Rec.*, p. 527).

Petit, 20 mars 1862 (*Rec.*, p. 214). et les conclusions du commissaire du Gouvernement Robert.

Collot, 25 avril 1867 (*Rec.*, p. 395).

Renno, 12 mai 1868 (*Rec.*, p. 534).

Cord, 2 mai 1873 (*Rec.*, p. 360).

Simonin, 25 juillet 1873 (*Rec.*, p. 683).

Hounau, 6 février 1874 (*Rec.*, p. 419).

Caillet, 21 juillet 1874 (*Rec.*, p. 711).

Hucher, 10 décembre 1875 (*Rec.*, p. 983), etc., etc.

porte atteinte à un droit consacré par la loi peut être annulé. Et la preuve en est que, faute d'un droit à revendiquer pour le requérant, le droit commun reprenait son empire : la requête était rejetée comme introduite contre un acte de pure administration inattaquable par la voie contentieuse.

Voici un exemple qui fait ressortir le contraste : toutes les décisions citées jusqu'à présent visaient, nous l'avons vu, des promotions au tour d'ancienneté. La nomination est-elle faite au tour du choix, au contraire, le requérant ne peut alléguer aucun « droit acquis » en vertu de la loi : il est irrecevable à se plaindre de l'irrégularité d'une décision où « domine la libre appréciation de l'administration ». (Gache, 22 janvier 1863, *Rec.*, p. 41 à 45) (1).

Les conclusions du commissaire du gouvernement Robert, à cette occasion, nous montrent les conséquences extraordinaires de cette théorie, dont l'insuffisance apparaît d'elle même, au seul exposé : La juridiction contentieuse, dit-il en substance, « n'a pas été instituée pour « redresser tous les torts, ou pour faire tomber tout « acte irrégulier qui peut léser quelqu'un dans ses intérêts, mais pour assurer le respect et le maintien « des droits acquis ! » Une nomination d'officier faite au choix, « fût-elle aussi irrégulière que possible, *tombât-elle par exemple sur une personne étrangère à l'armée* »,

(1) Autre arrêt : De Vitré, 9 janvier 1868 (*Rec.*, p. 4) :

« Considérant que les nominations dévolues dans l'armée au tour du choix ne peuvent donner lieu à un recours contentieux... »

ne peut être attaquée par un recours contentieux, parce que, malgré la lésion grave que souffriraient les officiers du régiment dans lequel elle serait faite, « aucun ne pourrait invoquer un droit acquis à la place vacante (1) » !

Cette protection des seuls « droits acquis en vertu de la loi » n'avait presque aucune portée : le droit commun était la non réglementation légale ! A l'égard de la masse des fonctionnaires, les règles posées par l'Administration étaient toujours censées n'exister que dans l'intérêt d'une bonne organisation des services publics, sans pouvoir conférer de droits à personne (2), ni comporter aucune sanc-

(1) « Lorsque le Ministre propose à l'Empereur une nomination « a l'ancienneté, il a en quelque sorte la main forcée : il est en « présence d'un texte de loi, et des états de service de l'officier « le plus ancien. C'est à celui-ci à qui la vacance doit profiter ; « c'est sa propriété ; il y a un droit acquis, un droit absolu, fondé « sur la loi elle-même ;... le ministre n'en pourra nommer d'autres ; « et si cette violation de son droit venait à se produire, l'Empereur « en son Conseil d'État annulerait la nomination illégale faite à son « préjudice.

« Quand, au contraire, la nomination revient au tour du choix, « la situation est toute différente. Ici plus de candidat unique et « nécessaire ; plus de doyen, mais un nombre plus ou moins grand « de lieutenants ayant deux ans de grade, entre qui le ministre « peut choisir un capitaine. Supposons une nomination aussi irrégulière que possible, supposons que le titulaire soit pris hors de « l'armée. Malgré la lésion grave qu'ils souffriraient, les lieutenants « du régiment ne pourraient se pourvoir au contentieux contre « cette mesure. En est-il un d'entre eux qui put invoquer un droit « acquis à cette place vacante donnée au tour du choix ? » (Gache, 22 janvier 1863, *Rec.*, p. 41. Conclusions du C. du gouvernement Robert).

(2) « Le requérant n'allègue pas, déclare le Conseil d'État, à propos

tion juridictionnelle. L'immense majorité du fonctionnaire continuait à être à la merci de l'arbitraire !

Le besoin d'une action plus largement ouverte que le « recours contentieux » se fit sentir vers la fin du second Empire. Un peu comme une satisfaction à donner à l'opinion publique, un décret du 2 novembre 1864 avait apporté des facilités au recours pour excès de pouvoir, (dispense du ministère d'avocat, et des frais, autres que le timbre). Le Conseil d'État, désireux de faire profiter de ces dispositions favorables le « recours pour violation de droits acquis en vertu de la loi », songea à l'annexer au recours pour excès de pouvoir.

Mais il y avait une objection. Ce dernier recours n'exigeait, comme condition de recevabilité, que la lésion d'un intérêt (1), tandis que le recours contentieux n'était ouvert qu'en cas d'atteinte à un droit acquis. Comment faire l'assi-

« d'une révocation — de même nature qu'une nomination, — que cette
« décision ait été prise en violation d'aucune loi ; dès lors, l'acte
« attaqué est un acte de pure administration pris par le préfet dans
« la limite de ses pouvoirs, et contre lequel aucun recours n'est
« ouvert devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux » (Renault,
5 décembre 1873).

Voir dans le même sens :

Rouillaud, 18 juillet 1873.

De Laage, 28 novembre 1879.

Lequeux, 14 décembre 1883.

Colombat, 8 février 1889.

(1) « Le recours pour excès de pouvoir avait alors son véritable caractère de *recours objectif* ». Cf. Duguit, *op. cit.*

milation? Le Conseil d'État adopta la solution suivante : il fit rentrer quand même le recours contentieux dans le recours pour excès de pouvoir, en faisant de la « violation de la loi » un nouveau chef d'annulation des actes administratifs, mais en maintenant pour ce cas d'ouverture nouveau la condition de recevabilité plus rigoureuse du recours contentieux, la justification d'un « droit acquis » violé (1); — d'où l'expression, qui s'est transmise jusqu'à nous, de « recours en annulation pour violation de la loi et des droits acquis. » — Nous apprécierons cette solution plus tard. Qu'il suffise, pour le moment, de remarquer qu'effectivement, c'est à la suite du décret de 1864, et surtout à partir de 1870, que les arrêts qui accueillent des réclamations d'officiers contre des promotions à l'ancienneté commencent à mentionner la loi de 1790, fondement du recours pour excès de pouvoir (2).

Quant à l'application de la théorie des actes de pure administration en matière de collation d'emplois publics, elle devait disparaître peu à peu sous l'influence de la doctrine moderne. On finit par s'apercevoir, à l'analyse, que ces prétendus actes de pure administration sont de même nature que les autres actes administratifs, et qu'il n'y a pas de raison de ne pas les soumettre aux mêmes recours.

(1) Ce que M. Jèze appelle un « *intérêt renforcé*. »

(2) Cf. Pichon, 23 mars 1872 (*Rec.*, p. 183),

West, 28 décembre 1877 (*Rec.*, p. 1049).

Roch, 4 juillet 1879 (*Rec.*, p. 549) etc.

Le Conseil d'État, aujourd'hui, n'oppose plus cette fin de non recevoir (1).

Était-ce l'admission prochaine des recours de fonctionnaires? Pas encore. Cette rentrée dans le droit commun était bien un premier pas de fait. Les exigences de la jurisprudence, aux environs de 1900, sur « l'intérêt » exigé du requérant ne devaient pas leur permettre encore tout de suite l'accès du tribunal administratif.

II. — *Fin de non recevoir tirée de l'exigence d'un intérêt « direct et personnel ».*

Sans doute, du jour où les actes de l'Administration à l'égard de ses agents ne furent plus considérés comme des actes de pure administration, inattaquables par la voie contentieuse, le principe n'était plus douteux : l'inobservation des conditions, — concours, diplômes, stage, âge, etc., imposées à l'autorité chargée de procéder aux nominations, donnait ouverture au recours pour excès de pouvoir. Mais l'application de ce principe était fort réduite du fait de l'exigence d'un intérêt « direct et personnel. » (2)

Ce n'est pas à dire qu'il en fut de même en toute matière : ainsi, cette exigence n'était pas un obstacle aux recours introduits contre des mesures disciplinaires ; visiblement, un fonctionnaire révoqué a un « intérêt direct et person-

(1) En ce qui concerne le recrutement de la fonction publique, pas depuis Joubert de la Motte (9 août 1893, déjà cité).

(2) Sur la règle de l'intérêt direct et personnel, en 1896, cf. Lafferrière, *op. cit.* II, p. 405.

nel » à attaquer sa révocation ; aussi, sur ce point là, les fonctionnaires arrivèrent-ils presque immédiatement aux garanties juridictionnelles ; (1) ils purent se présenter à la barre ; on ne refusa plus de les entendre.

Mais nous avons déjà dit qu'ils avaient beaucoup plus à souffrir d'avancements manqués, en raison de nominations de faveur aux postes enviés, que de révocations illégales. Or, rien n'était changé en matière de nominations ; les recours se heurtaient toujours à une fin de non recevoir :

Une nomination de faveur lèse parce qu'elle favorise autrui ; elle ne lèse pas directement, comme fait une révo-

(1) Dès 1892, (23 novembre, Schwalbach, *Rec.*, p. 798), nous trouvons un arrêt qui admet le recours d'un agent de la Paix révoqué. Le recours est rejeté, du reste, pour ce motif, intéressant en doctrine, que « le requérant n'invoque contre la décision « attaquée, ni vice de forme, ni incompétence », et que « les motifs « de la décision ne sont pas susceptibles d'être soumis au Conseil « d'État par la voie contentieuse. »

En 1898, cf. Toutain, 2 décembre 1898 (*Rec.*, p. 756).

En 1899, un recours est également admis en matière de déplacement d'office :

Grault, 8 décembre 1899 (*Rec.*, p. 719).

— Désormais, tout en refusant d'examiner les motifs de la révocation ou de la mise à la retraite, le Conseil d'État consentira toujours à vérifier si les formalités qui en conditionnent la légalité ont été accomplies :

Cf. Grimaux, 29 mars 1901 (*Rec.*, p. 362).

Fernet, 29 mars 1901, *idem*.

Lancien, 5 août 1901 (*Rec.*, p. 758).

Caudoux, 9 juillet 1904 (*Rec.*, p. 585).

Pilleng, 21 février 1902 (*Rec.*, p. 130).

Bailleul, 2 mai 1902 (*Rec.*, p. 329).

Léotardi, 14 novembre 1902 (*Rec.*, p. 658), etc., etc.

cation : — « Vous n'aurez qualité pour faire tomber
« la décision que vous prétendez vous faire grief, disait-on
« au requérant, qu'à la condition de prouver que vous
« auriez dû être nommé à la place de celui dont vous
« contestez les droits. »

Cette preuve étant de toute impossibilité à fournir hors le cas où l'avancement est réglé à l'ancienneté, ou lorsque la loi a réservé formellement certains emplois à certains individus, spécialement désignés, et préalablement classés (1), toutes les nominations faites au mépris des règles écrites dans les textes demeuraient intangibles !

Prenons un exemple : supposons qu'un décret réglementaire d'une administration centrale ait organisé le recrutement primaire au concours, ou décidé qu'on ne peut être nommé chef de bureau qu'après un certain nombre d'années passées dans l'emploi de rédacteur. Au cas où le ministre aurait nommé un agent non issu du concours, ou fait avancer un fonctionnaire avant qu'il ait eu la durée de services nécessaire dans le poste précédent, les candidats passés par le concours ou les fonctionnaires suffisamment anciens pour avoir vocation légale à l'emploi en question continuaient à être privés de tout recours.

Pure façade, toujours, par conséquent, que ces règlements d'organisation de la fonction publique, puisque l'autorité administrative qui les avait faits pouvait ne pas les

(1) Cf. Loi du 24 mars 1905, art. 71 et s., (emplois civils réservés aux sous-officiers, Cf. *infra*).

respecter, et qu'aucune juridiction ne voulait en garantir l'observation ! Promesses déloyales à l'égard des fonctionnaires, qui avaient pu en tenir compte au moment d'entrer au service public, et qui se voyaient refuser tout moyen de les faire tenir !

Cette jurisprudence d'exclusion et de méfiance devait pourtant finir par céder, un jour, devant les idées de justice et de probité que firent naître dans l'opinion les justes plaintes des intéressés.

— Se soutenait-elle même en droit ?

Nous avons vu qu'à l'intérieur même du recours pour excès de pouvoir, existait, depuis le décret de 1864, une distinction, selon les moyens invoqués, entre les conditions de recevabilité exigées du requérant : si la preuve d'un intérêt lésé suffisait pour suspecter un acte administratif d'incompétence, de vice de forme, ou de détournement de pouvoir, il fallait justifier d'une atteinte à « un droit acquis » pour invoquer contre lui la violation de la loi (1).

A quoi aboutissait cette distinction, lorsqu'il s'agissait de recours contre une nomination ? Supposons une fonction dont les titulaires doivent être pris dans une ou deux catégories déterminées de personnes. Si l'autorité nomme bien une de ces personnes, mais en omettant une forme matérielle plus ou moins accessoire, le simple intérêt va suffir à habiliter un recours, tandis que si son choix était

(1) Cf. Conclusions du commissaire de gouvernement Gauvain dans Lefebvre, 11 novembre, 1887 (*Rec.* p. 697).

tombé hors du groupe, — fait plus grave, violation de la loi, — il aurait fallu une atteinte à des « droits acquis » pour pouvoir réclamer ! Qu'est-ce qui, dans la réalité, pouvait bien justifier une aussi choquante différence de régime ?

Mais cette exigence de l'atteinte à un « droit acquis », dans le second cas, était en outre juridiquement contestable : l'individu qui demande l'annulation d'une décision illégale, en effet, ne doit pas être tenu de prouver une lésion de droit en sa personne, parce qu'il ne poursuit pas une restitution personnelle de droits. Son but est uniquement d'obtenir le respect de la loi violée, — but *objectif*, et non *subjectif* ! Il n'a donc qu'à justifier de son intérêt, conformément au droit commun du recours pour excès de pouvoir. — L'exigence d'un « droit acquis violé » ne se comprend que dans le recours de plein contentieux. Elle jurait dans le recours pour excès de pouvoir, dont elle rompaît l'unité. En l'y introduisant, on avait confondu les deux recours ; on avait été à l'encontre du véritable caractère du recours pour excès de pouvoir, tel qu'il résulte de la formule qu'en donne la doctrine moderne : « Ce n'est, » dit M. Duguit, qu'une *demande fondée sur la violation d'un « droit objectif*, et rien que cela ; mais munie de toutes les « garanties accordées à toute action en justice, et jugée par « une véritable juridiction, indépendante en droit du gouvernement (1). »

— Quant à la seconde exigence jurisprudentielle d'un

(1) Duguit, *L'État et les Gouvernants* (p. 540).

« intérêt direct et personnel » dans les autres cas d'ouverture du recours, elle était trop rigoureuse : elle laissait sans protection des intérêts, qui, pour n'être pas strictement « directs », n'en méritaient pas moins protection. C'est une constatation de bons sens : du moment que la loi réserve à un groupe déterminé de personnes la possibilité d'accéder à un emploi donné, chacun des membres de ce groupe est lésé dans son droit éventuel à cet emploi lorsqu'une nomination s'égare hors de ce groupe.

L'abandon de la règle de l'intérêt direct et personnel s'imposait donc, en droit comme en fait, au contrôleur de la régularité du recrutement des services publics. — Deux arrêts de 1903, *Lot et Molinier* (11 décembre 1903, *Rec.*, p. 780), vont franchir cette étape décisive :

Un décret du 14 mai 1887 réserve les « emplois » des Archives nationales aux archivistes paléographes. Or, en 1902, une décision du Ministre de l'Instruction publique plaçait à la tête de ce service un agrégé d'histoire, non muni du diplôme de l'École des Chartes. Le fait ne s'était pas encore vu ; l'on s'émut dans le monde des archivistes ; et l'un d'eux, M. Lot, demanda au Conseil d'État l'annulation de la nomination suspecte. — Était-il recevable ? Certainement non, d'après la jurisprudence admise jusque là ; il n'avait pas de « droit acquis » au poste visé ; tout au plus y avait-il un *droit éventuel*, insuffisant par conséquent pour lui ouvrir l'accès du recours pour excès de pouvoir. — L'arrêt admit pourtant le pourvoi, en ces termes : « Considérant que le décret de

« 1887 confère aux archivistes paléographes un droit exclusif à l'obtention des emplois aux archives, le sieur Lot, en sa qualité d'archiviste, a un *intérêt personnel* et est « *par suite recevable* à demander l'annulation de toute nomination faite contrairement aux dispositions qui précèdent (1). »

Ce qui revient à dire que :

1° quand une nomination est attaquée pour violation de la loi, il suffit désormais d'un intérêt personnel lésé, et non plus d'un « droit acquis » violé en la personne du requérant, pour que le recours soit recevable ; — le Conseil d'État unifiait les conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir ;

2° qu'il n'y a plus à examiner désormais si l'intérêt lésé est direct ou indirect, comme le faisait la jurisprudence antérieure (2), mais seulement s'il est *personnel*, et s'il est *actuel* : — le Conseil d'État élargissait la notion de l'intérêt exigible.

Reprenons : le sieur Lot, simple diplômé de l'École des Chartes, ne pouvait prétendre avoir droit à la place de celui dont il contestait la nomination ; il ne pouvait arguer d'aucun « droit acquis » à lui personnellement, — droit subjectif, situation juridique individuelle. Son droit personnel n'était qu'éventuel ; il se réduisait à une simple

(1) Le recours fut rejeté au fond, du reste, le Conseil d'État ayant estimé que le poste de directeur ne devait pas être considéré comme un « emploi » aux Archives.

(2) Laferrière, ouv. cit. II (p. 436 et 440).

vocation légale. L'attribution à un étranger d'une place qu'un texte réservait aux fonctionnaires de son ordre ne portait atteinte qu'aux droits de sa corporation, aux prérogatives de son corps, — droit impersonnel, objectif ! En le déclarant recevable, l'arrêt admettait donc cette idée nouvelle qu'un simple droit objectif, c'est-à-dire un simple intérêt, direct ou non, pouvait servir de fondement à un recours pour excès de pouvoir.

L'affaire Molinier, du même jour (11 décembre 1903), posait la même question : il s'agissait du recours d'un autre archiviste paléographe contre la nomination d'un inspecteur général des bibliothèques.

Le requérant n'avait, lui aussi, qu'un droit éventuel au poste visé ; lui aussi fut déclaré recevable, par adoption implicite des considérants de l'arrêt précédent (1).

L'étape était franchie : les recours des fonctionnaires contre les nominations irrégulièrement faites dans leurs services ne se heurtaient plus à aucune fin de non recevoir. Mais comme les nominations attaquées dans Lot et

(1) Au fond, le pourvoi soulevait la question de savoir ce que signifiait une certaine fusion, opérée par une loi et un décret, entre les inspecteurs généraux des bibliothèques et les inspecteurs généraux des archives. Si c'était une fusion de droit, tous les inspecteurs des deux services devaient avoir la qualité d'archiviste, parce que l'inspection des archives était réservée aux archivistes paléographes. Si c'était une simple fusion de fait, opérée pour la seule commodité du service, la nomination des inspecteurs non archivistes était légale. C'est ce que pensa le Conseil d'État.

Molinier avaient été maintenues au fond, l'heureuse évolution accomplie fit relativement peu de bruit.

Ce ne fut que quatre mois plus tard qu'un arrêt confirmatif, l'arrêt Savary, (18 mars 1904, *Rec.*, p. 232), attira réellement l'attention sur la nouvelle jurisprudence. Le Conseil d'État annulait, cette fois, une série de nominations illégales, exemples typiques des abus scandaleux dont les fonctionnaires n'avaient que trop de raison de se plaindre : — D'après le décret du 8 mars 1887, les inspecteurs des Enfants Assistés, dans les départements autres que la Seine, sont choisis exclusivement dans certaines catégories déterminées d'individus, parmi lesquels, 1^o les sous-inspecteurs ayant au moins six ans d'exercice, 2^o les docteurs en médecine et les pharmaciens de 1^{re} classe, après cinq ans au moins d'exercice, etc. — Or, au mépris de cette disposition, quatre sous-préfets et un secrétaire général de préfecture s'étaient fait nommer inspecteurs, bien qu'ils ne rentrassent dans aucune des catégories visées, et inspecteurs de première ou de seconde classe, malgré le règlement qui assignait à tout nouveau venu la quatrième classe du cadre. Enfin, le décret réservait le tiers des inspections vacantes aux sous-inspecteurs : vaine promesse, en l'espèce. Chacune de ces nominations était donc entachée de trois illégalités, dont deux au moins évidentes !

Bien mieux, un simple expéditionnaire à l'Intérieur était entré, lui aussi, dans l'inspection des Enfants Assistés. Mais comme il était plus petit personnage, le ministre s'y était pris à deux fois, avec lui : il l'avait nommé d'abord

sous-inspecteur, bien qu'il n'eût jamais rempli aucune des conditions du décret de 1887, et même sous-inspecteur de première classe, au lieu de quatrième classe, et quelque temps après seulement, inspecteur, malgré le règlement qui exige deux ans de service d'un sous-inspecteur pour être promu à la classe immédiatement supérieure. M. Teissier, commissaire du Gouvernement, le dit de la façon la plus nette : « Quelque bonne volonté que nous mettions à chercher des excuses à ces nominations, les illégalités abondent ! » Elles avaient scandalisé tout le personnel de l'inspection des Enfants Assistés. — Un sous-inspecteur à Lyon, M. Savary, les déféra au Conseil d'État.

A nouveau, la question se posa de savoir s'il était recevable. Les fonctionnaires dont il contestait les droits lui opposèrent, naturellement, l'ancienne jurisprudence : le requérant peut sans doute, dirent-ils, être nommé inspecteur ; mais il n'a, même s'il est proposé pour l'avancement, — ce qui était le cas, — aucun *droit acquis* à cette nomination. Le ministre peut nommer tel sous-inspecteur qu'il lui plaît, et ne jamais nommer M. Savary. Pour être recevable à agir, il faudrait que le requérant ait un *droit d'avancer*, à l'ancienneté, par exemple. Hors de là, son intérêt est insuffisant pour « critiquer une « nomination qui a peut-être porté atteinte à ses intérêts, « mais sans avoir certainement lésé aucun droit à lui « acquis (1). »

(1) Conclusions de M. Teissier, au Lebon, 1904, p. 232.

Mais le Conseil d'État n'entendait pas revenir en arrière. Sans autre commentaire, il confirma sa jurisprudence des arrêts Lot et Molinier, en affirmant que « Savary « étant à la date des arrêtés attaqués sous-inspecteur de « deuxième classe..., avait un *intérêt personnel* suffisant « pour en demander l'annulation. »

« Vous avez admis par les deux précédentes décisions, « lui avait dit son commissaire du gouvernement, que « tous les fonctionnaires d'une certaine catégorie dans « laquelle doivent être pris nécessairement les titulaires « d'emplois déterminés, ont le droit de demander l'annu- « lation de toutes les nominations faites à ces emplois, de « fonctionnaires ne rentrant pas dans la catégorie fixée

(1) Sur le fond, leur argumentation était assez séduisante : Si le décret, disent-ils, en substance, ne nous donne pas nommément à nous, sous-préfets, secrétaires généraux de prefectures, vocation légale aux emplois visés, il donne cette vocation aux chefs de division de prefecture et aux secrétaires en chef de sous-prefecture, qui nous sont subordonnés dans la hiérarchie administrative. L'énumération du décret vaut indication d'un simple minimum de fonctions, de titres et de services, nécessaires pour être nommé. Tout fonctionnaire placé à un degré supérieur de la hiérarchie peut donc légitimement prétendre aux emplois en question.

Mais M. Teissier n'entra pas dans ce raisonnement : « A moins de changer le sens des mots, dit-il, et de supprimer le mot « exclusivement » du texte, il est impossible d'admettre que ce texte n'exclue pas les personnes qui n'y sont pas dénommées..... Si on reconnaissait à l'Administration le pouvoir de procéder, dans la pratique, à des assimilations de ce genre, non prévues par les textes, toute règle disparaîtrait bien vite, et les décrets resteraient lettre morte ». Le Conseil d'État suivit cette invitation à la fermeté.

« par la loi ou les règlements. Il doit en être de même, « — et à *fortiori*, — dans le cas où, comme dans l'espèce, « un certain nombre de places est réservé aux fonctionnaires de rang immédiatement inférieur. »

Était-ce à dire que l'on eût pu, dès 1904, tirer de cette première jurisprudence toutes ses conséquences, et dire que le seul fait, pour un individu, de remplir les conditions légales d'accession à une fonction déterminée, lui conférerait un intérêt suffisant pour lui permettre de soumettre au contrôle du Conseil d'État la légalité de tout acte de recrutement dans cette fonction? — que, par exemple, dans l'hypothèse de l'arrêt Savary, un médecin justifiant de cinq ans d'exercice de sa profession, ayant par conséquent, d'après le décret, vocation légale à la fonction d'inspecteur des Enfants Assistés, eût pu, bien que non fonctionnaire, exercer le recours pour excès de pouvoir contre le sieur Savary lui-même?

Aucun arrêt ne l'établit, mais aucune bonne raison, à notre sens, ne s'y opposait. On saisit là la grande portée, aussi bien juridique que sociale, de ces premiers arrêts : ils portaient en eux le germe des progrès futurs.

Les recours affluèrent, comme bien on pense, après le bruit fait dans les milieux de fonctionnaires par l'arrêt Savary.

Un grand mouvement de confiance dans le Droit allait prendre naissance, et s'opposer dans les esprits aux velléités de révolte.

— Le Conseil d'État va y répondre, en confirmant encore et en développant sa nouvelle jurisprudence :

Il va affirmer que tout individu, fonctionnaire ou non, appartenant aux catégories à qui la loi réserve la totalité ou une partie des nominations à un emploi déterminé, est recevable à poursuivre l'annulation de toute décision qui méconnaîtrait cette réserve, ou qui aggraverait irrégulièrement sa situation concurrentielle dans l'intérieur du groupe sur lequel le choix de l'autorité doit porter. Pour pouvoir agir, le requérant n'a plus besoin d'établir que l'irrégularité de la décision qu'il critique a préjudicié effectivement à son avancement ; le Conseil d'État reçoit sa réclamation à la seule condition qu'il prouve que l'illégalité a pu lui nuire. — Nouvelle confirmation, par conséquent, de la jurisprudence inaugurée par Lot et Molinier (1).

(1) C'est ainsi qu'il admet, (*Moutheuil contre Larnaudie*, 12 juillet 1907, *Rec.*, p. 653), le recours d'un expéditionnaire du service intérieur de la Préfecture de la Seine contre la nomination, comme commis d'asile d'aliénés de la Seine, d'un secrétaire de mairie. Les expéditionnaires de la Préfecture de la Seine faisaient partie des catégories d'agents sur lesquels le choix aurait dû porter.

— Cf. *idem* Thomas et autres, (10 avril 1908. *Rec.*, p. 430) ; Lelong. 2 avril 1911 (*Rec.*, p. 392). (D. 1911. 3. 1) :

Comme leurs ex-condisciples Lot et Molinier, les sieurs Thomas et autres, et Lelong « puisent dans leur seule qualité d'archivistes paléographes le droit d'attaquer pour excès du pouvoir toute nomination à des emplois qui sont réservés à eux-ci par les lois et les règlements » (Lebon).

— Cf. enfin De la Taste, 15 décembre 1905. (*Rec.*, p. 940). (D. 1907. 3. 84 ; S. 1907. 3. 143).

Un lieutenant de vaisseau réclamait contre une inscription au

Était-ce suffisant?

En réalité, il n'y a pas que le groupe de ceux à qui la loi réserve une fonction qui soit atteint par l'effet pernicieux d'une nomination irrégulière à cette fonction. Il y a entre tous les fonctionnaires d'un même service une solidarité d'intérêt à ce que l'avancement soit régulier à tous les degrés de la hiérarchie, dans ce service :

Un poste de sous-chef de bureau indûment enlevé aux rédacteurs, par exemple, retarde d'un cran non seulement l'avancement des rédacteurs inscrits au tableau, mais encore celui des rédacteurs à y inscrire demain, après demain, et toujours ; il retarde très probablement aussi des avancements de classe ; car si ce poste avait été donné à un rédacteur, ce mouvement eût amené une disponibilité budgétaire pour les augmentations de traitement (1) ; — il retarde enfin le tour de nomination des candidats admis à l'emploi de rédacteur ; et il va jusqu'à retarder le moment où ceux qui songent à s'y faire admettre pourront se présenter !

tableau d'avancement *au choix* pour le grade de capitaine de frégate. Le ministre opposait, comme d'habitude, l'antique fin de non recevoir tirée du défaut de « droit acquis » en matière d'avancement au choix. Le Conseil d'État ne discuta même pas : il statua directement sur le fond, comme si la recevabilité ne faisait plus question.

(1) Dans beaucoup d'administrations, en effet, notamment dans les ministères, se pratique le système du « traitement moyen ». C'est là cause de la solidarité pécuniaire existant entre tous les fonctionnaires d'un même service, quel que soit leur degré hiérarchique. Cf. Alcindor, *Revue générale du droit*, 1909, t. XXXIII, p. 309, note 2.

Ainsi, de proche en proche, l'illégalité d'une nomination a des répercussions innombrables; elle déborde jusque sur de simples candidats à la fonction publique. Le Conseil d'État pouvait-il n'en pas tenir compte? Pouvait-il refuser d'admettre les recours de ces intéressés du second, du troisième degré, ou d'un degré plus éloigné encore?

Il y avait là un nouveau pas à faire dans le sens de l'élargissement du cercle des « *intéressés* ». Il sera franchi en 1906 : les arrêts Alcindor (1) reconnaissent la recevabilité de rédacteurs *même non inscrits au tableau d'avancement* à attaquer des nominations de chefs de bureau! (espèce Chapuis et Lacroisade).

Mieux que cela, l'espèce Landrut accueillit la réclamation que des rédacteurs titulaires avaient élevée contre la nomination d'un simple rédacteur stagiaire, — placé à un degré de la hiérarchie qu'ils avaient dépassé, — sur lequel, par conséquent, ils ne pouvaient avoir aucune visée personnelle! Quel pouvait bien être l'intérêt reconnu en leur personne, alors, sinon l'intérêt général et *impersonnel* qu'a tout fonctionnaire à défendre l'ensemble des règles d'organisation de sa fonction, *le statut de sa corporation*? Nous sommes loin, on le voit, de la formule classique de l'intérêt strictement « direct et personnel », jadis exigé des requérants pour l'exercice du recours pour excès de pouvoir.

L'intérêt corporatif, telle est donc la dernière formule à donner de la jurisprudence, en ce qui concerne les recours des individus.

(1) 1^{er} juin 1906 (*Rec.*, p. 515 à 520).

Cet intérêt devait, en 1908, trouver son représentant naturel dans l'association de fonctionnaires. Nous examinerons à part ce dernier terme de l'évolution jurisprudentielle en matière d'aptitude au recours (1).

Mais dès maintenant, pour les recours individuels, la jurisprudence est bien établie : il suffit que le requérant soit fonctionnaire d'une administration pour qu'il soit recevable à attaquer toute nomination faite dans cette administration ; l'arrêt Héliçon, de mars 1908 (2), le dit en propres termes : « Les sieurs Héliçon et autres étant
« fonctionnaires de l'Administration centrale du Ministère
« de commerce, ont qualité pour déférer au Conseil d'État
« toutes les nominations faites en violation des textes
« qui régissent l'organisation de cette administration. »
— Depuis, explicitement ou implicitement, tous les arrêts l'ont confirmé (3).

(1) Cf. *infra* le chapitre sur les Recours des associations de fonctionnaires.

(2) Héliçon, 13 mars 1908 (*Rec.*, p. 268). L'arrêt Alcindor 1906 avait été confirmé, entre temps, dans Prungnet, 15 février 1907 (*Rec.*, p. 157) : des chefs et sous-chefs du bureau y sont admis, au même titre que des rédacteurs, à attaquer la permutation d'un fonctionnaire d'une autre administration avec un fonctionnaire de la leur. Cf. *idem* Brugnot, 8 décembre 1907 (*Rec.*, p. 905).

(3) Cf. Chausson, 10 avril 1908 (*Rec.*, p. 405).

Alcindor contre Montsarrat, 27 novembre 1908 (*Rec.*, p. 974).

Tilloy contre Loth, 27 novembre 1908 (*Rec.*, p. 975).

Lépinay et autres, 10 décembre 1909 (*Rec.*, p. 972).

Perruchot et autres, 1^{er} juillet 1910 (*Rec.*, p. 540), etc., etc.

*
* *

La jurisprudence en est restée là. Pour avoir aptitude au recours, il suffit, en définitive, d'un *intérêt spécial*, — soit, aux termes d'un arrêt Bocquillon (1), que « si l'« intérêt invoqué n'est autre que celui de la généralité des « habitants », le requérant n'est pas recevable à agir.

— Ne peut-on pas prévoir, dans un avenir plus ou moins prochain, l'élargissement définitif de cette notion d'intérêt, l'achèvement du cycle que nous venons de lui voir suivre, et qui s'étendrait jusqu'à l'admission des recours formés par les simples particuliers, en leur qualité de citoyens et de Français?

Il y a des siècles que l'on s'efforce, dans les lois administratives, d'édicter des séries de prohibitions à l'encontre des gouvernants, sans chercher qui avait droit de se prévaloir de ces règles restrictives. Cette recherche, nous avons dit que la juridiction administrative l'avait entreprise, au cours du siècle dernier; nous venons de voir comment, dans le domaine du recrutement des services publics, elle a essayé de renouer le rapport juridique, de retrouver les créanciers de toutes ces abstentions. — N'ira-t-elle pas jusqu'à l'administré, dernier intéressé?

Il est acquis, à l'heure actuelle, que dès qu'un individu a un intérêt personnel quelconque, pécuniaire ou moral,

(1) Bocquillon, 22 mars 1901 (*Rec.*, p. 310).

même faible, même indirect, à l'annulation de l'acte administratif qu'il attaque, son recours a toutes chances d'être déclaré recevable.

L'intérêt spécial touche alors souvent de bien près à l'intérêt général ! Pourquoi celui-ci, un jour, ne suffirait-il pas, à lui seul, pour habiliter un recours ? Pourquoi tout citoyen, qui vote, qui participe à l'œuvre législative, n'aurait-il pas le droit d'exiger que la loi qu'il a faite reçoive pleine et entière exécution ? Tout Français, en sa qualité d'administré, est intéressé, d'autre part, à ce que l'Administration ne prenne pas l'habitude de l'arbitraire, mais plutôt celle, au contraire, de se renfermer dans les bornes de la légalité ! — Remarquons-le, cet intérêt « général » d'administré ne diffère de l'intérêt « corporatif », que la jurisprudence protège aujourd'hui chez les fonctionnaires, que par l'étendue des groupes représentés : simple question de degrés dans la spécialité ! Du moment que l'on défend l'intérêt corporatif dans la personne des individus, que l'on ne s'en tient pas à la sauvegarde de leurs intérêts strictement personnels, il n'y a pas d'obstacle de principe à ce que l'on défende en eux cet autre intérêt de groupe qu'est l'intérêt général.

M. Laferrière justifiait jadis cette exclusion des simples administrés du recours pour excès de pouvoir par l'idée que « l'intérêt général ayant des représentants « investis d'un caractère public, les simples particuliers « n'ont pas le droit de s'y substituer » (1). Admirable

(1) Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, t. II, p. 437.

raison ! Ce sont justement les méfaits de ces représentants de l'intérêt public qui font qu'un recours est nécessaire.

— Autre idée : la réglementation du recrutement de la fonction publique est évidemment faite dans l'intérêt général, — assurer automatiquement la nomination du plus apte, — avant d'être faite dans l'intérêt des fonctionnaires. Pourquoi, dès lors, refuser aux administrés, en leur qualité d'administrés, le droit d'exiger le respect de cette réglementation, et ne l'accorder qu'aux fonctionnaires, isolés ou groupés ? N'est-ce pas dire que cette réglementation n'a en vue que des intérêts particuliers, et non l'intérêt public ? Affirmation juridiquement inexacte, et inacceptable, surtout, au point de vue social !

Autrefois, on refusait l'accès du recours aux fonctionnaires, sous prétexte que les règles d'organisation de la fonction publique n'existant que dans l'intérêt d'une bonne administration, ne pouvaient leur conférer aucun droit. — Aujourd'hui, on ne l'accorde plus qu'à eux, comme si les règles n'existaient plus que pour eux !

Enfin, ce régime peut même être dangereux, en fait, parce que les fonctionnaires peuvent ne pas avoir le même intérêt que le commun des administrés à poursuivre l'illégalité dans le recrutement de leurs services. Nous en trouvons un exemple dans la pratique, assez répandue dans certaines administrations, des « faisant fonctions ». Elle est très critiquée par M. Georgin (1) : L'Admi-

(1) Georgin déjà cité, p. 870.

nistration des Travaux Publics attribue de nombreux emplois d'ingénieurs à des fonctionnaires, (conducteurs ou agents-voyers), auxquels la légalité interdit de conférer le grade d'ingénieur. Pour y arriver, elle tourne la loi en donnant à ces fonctionnaires la fonction sans le titre. Or, les ingénieurs ont intérêt au maintien de cette pratique illégale, car les « faisant fonctions » sont pour eux autant de concurrents de moins en vue des grades supérieurs. Que reste-t-il alors ici, pour défendre en justice l'intérêt du public, compromis par le fait de conférer une fonction publique à des personnes jugées par l'Administration elle-même inférieures aux nécessités de cette fonction ?

Bornons-nous à ces indications sans aborder la discussion des objections juridiques que la question pourrait soulever : elle sortirait du cadre de cette étude. Disons seulement qu'il n'est pas impossible que, dans l'avenir, le cercle des intéressés s'étende jusqu'aux simples administrés.

Alors le recours pour excès de pouvoir, ouvert à tous, remplirait exactement le rôle de Ministère Public, qu'on a souhaité souvent de lui voir remplir (1). Il collaborerait normalement au bon exercice de la justice et au fonctionnement régulier de la machine politique. Il deviendrait une sorte d'*action publique*, comparable à l'ancienne *action*

(1) Notamment dès 1885, M. Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, 3^e éd., Paris, 1885.

populaire des Romains, qui permettait au premier venu de suppléer à l'inertie du magistrat, en faisant un procès dans l'intérêt public.

Sa portée s'accroîtrait : elle dépasserait la sauvegarde des intérêts individuels pour atteindre au contrôle direct de la légalité elle même !

II. — LA PROCÉDURE

Deuxième condition de recevabilité

La procédure du recours pour excès de pouvoir est extrêmement simple et économique.

Depuis un demi-siècle, les pouvoirs publics se sont attachés à la rendre de plus en plus accessible aux administrés. — C'était dans la logique des choses : « Le recours pour excès de pouvoir révèle la préoccupation de faire face à l'insuffisance des libertés individuelles (1) » ; c'est en quelque sorte une soupape de sûreté. A mesure que les idées libérales s'affirmaient, il fallait bien le mettre de plus en plus à la portée des individus.

Depuis 1864, (décret du 2 novembre), le recours pour excès de pouvoir a été séparé de la procédure ordinaire : il est jugé sans autres frais que les droits de timbre et d'enregistrement.

(1) Jacquelin, *Principes dominants du contentieux administratif*, (p. 257).

Depuis 1906, (art. 4 de la loi de finances du 17 avril 1906), ces frais sont même enregistrés en débet ; ce n'est qu'en cas de rejet qu'ils sont dus.

— C'est donc uniquement avec une feuille de papier timbré à 0 fr. 60, que le requérant pourra intenter son recours en annulation. Il n'est pas obligé de se servir de l'intermédiaire d'un avocat au Conseil d'Etat. Il lui suffira d'exposer sommairement dans sa requête les faits et les moyens, de formuler ses conclusions, d'énoncer les pièces dont il entend se servir, de les joindre à la requête, et de déposer le tout au secrétariat du Conseil d'État. Que peut-on exiger de moins ?

Seul, le délai de recours, réduit à deux mois au lieu de trois, en 1900, (art. 24 de la loi de finances du 13 avril 1900), pourrait paraître un peu court (1). Mais un délai trop long présente des inconvénients pratiques (2).

Les questions juridiques qui se posent en notre matière ont trait précisément à ce délai de recours. Il importe notamment d'en déterminer avec soin le point de départ.

I. — *Point de départ du délai de recours en matière de nomination.*

L'article 44 du décret du 21 juillet 1806 dispose que le délai du recours pour excès de pouvoir commence à courir à partir de la notification de l'acte attaqué au requérant.

(1) Le délai est rigoureusement opposé aux requérants : Vidallet, 22 janvier 1900, *Rec.*, p. 25, etc...

(2) Cf. Lamerrière, *Traité de la juridiction administrative*, II, p. 461 :

Mais il est évident qu'une décision comme une nomination ne peut être l'objet d'une notification individuelle qu'au fonctionnaire nommé. Qui remplacera alors, pour les tiers, la notification individuelle ? — La jurisprudence n'a pas eu à faire beaucoup d'efforts d'imagination pour décider que ce serait la notification collective. Il est naturel que le délai du recours, lorsqu'une nomination est faite dans un service, ne commence à courir à l'égard des autres fonctionnaires du service que du jour où la décision est portée à la connaissance des intéressés par une divulgation officielle de l'acte, c'est-à-dire du jour de sa publication.

Mais, — et c'est la difficulté, — en quoi consiste la publication régulière d'un arrêté de nomination ? Dans quel organe faut-il qu'elle soit faite, et de quelle manière ?

a) *L'inscription au Bulletin officiel d'un Ministère de la liste du personnel* d'un service, y compris les noms des nouveaux nommés, constitue-t-elle une publication suffisante ? Ce fut souvent la seule qui fut donnée aux nominations sur lesquelles on préférerait ne pas attirer l'attention.

Le cas s'est présenté dans l'affaire Savary (1). Le Ministre objectait au requérant que son pourvoi était tardif, parce que introduit plus de deux mois après la publication d'un numéro du *Bulletin officiel* du Ministère de l'Inté-

inconvénients pratiques d'un trop court délai. — Cf. aussi Hauriou, note dans Sirey, 1902. 3. 9, sous les arrêts Drouet, 29 novembre 1901, et Durand, 14 février 1902.

(1) 18 mars 1904 (*Rec.*, p. 232), déjà analysée. Cf. *supra*.

rier, qui contenait une liste des inspecteurs de l'Assistance publique dans laquelle son nom était mentionné. Mais M. Teissier, commissaire du Gouvernement, s'éleva contre cette pseudo publication. « Il n'est pas admissible, dit-il, « qu'en glissant dans une sorte d'annuaire les noms des « nouveaux nommés, on en arrive à supprimer tout recours... Cela fait-il reconnaître la situation antérieure des « intéressés? Cela permet-il de voir s'ils remplissent les « conditions exigées! Il n'y a pas là de publication régulière. » Et le Conseil d'État de ratifier : « Considérant qu'il n'est justifié d'aucune publication des arrêtés attaqués.... », le recours est recevable.

b) Mieux que l'insertion d'une simple liste du personnel, l'insertion de l'arrêté de nomination au *Bulletin officiel d'un Ministère* constitue-t-elle la publication régulière, nécessaire pour faire couvrir les délais du recours? Sur ce point, il n'y a pas, comme pour l'autre hypothèse, une négation formelle dans la jurisprudence; il y a seulement une tendance à la négation.

La question s'est posée en 1906 (arrêts Alcindor, espèce Lacroisade, 1^{er} juin 1906, *Rec.*, p. 515). Un recours, déposé en 1905, attaquait quatre arrêtés successifs de nomination d'un même fonctionnaire, toute sa carrière. On pouvait compter sept ans entre la première nomination attaquée, qui avait été insérée au *Bulletin officiel* du ministère, et la requête.

Y avait-il eu publication régulière?

Le Conseil d'État n'a pas tranché la question nette-

ment. Il s'est arrêté à certaines circonstances de l'insertion, — absence des visas et des dispositifs de l'arrêté, ne permettant pas de se rendre compte de la régularité de la nomination, — pour déclarer seulement « qu'il ne ressort d'aucun fait que les requérants puissent être considérés comme ayant eu connaissance plus de deux mois auparavant des *conditions* dans lesquelles les arrêtés avaient été pris. »

Mais M. Teissier (1), qui, ici encore, avait à conclure, avait déclaré que, dans son sentiment, il n'existait que trois organes officiels susceptibles de recevoir une notification de nature à faire courir le délai légal, à savoir :

1° *Le Journal officiel*,

2° *Le Bulletin des Lois*,

3° et pour le Ministre de la Guerre, le *Journal Militaire*.

Il est probable que s'il était obligé de statuer, le Conseil d'État en déciderait de même (2). Les autres organes ne sont pas assez réguliers, pas assez faciles à consulter ;

(1) (Note au Lebon sous Alcindor, 1^{er} juin 1906) (*Rec.*, p. 516).

(2) Du reste, hors le cas de nomination, du texte d'un arrêt Deltel, 11 mars 1904. (*Rec.*, p. 215. *Année administrative* 1904, p. 173), il semble bien résulter que le Conseil d'État n'admette comme publication officielle faisant courir les délais, que l'insertion dans un Bulletin visé par une loi, ce qui n'est pas le cas pour un Bulletin officiel de Ministère : « Considérant que le décret attaqué, (décision ministérielle insérée au Recueil des Instructions générales), n'a été inséré ni au *Journal officiel* ni au *Bulletin des Lois* », le délai du recours n'a point couru.

ils sont même trop coûteux, parfois, pour être des organes de publication officielle (1).

c) A défaut de publication régulière de la nomination, l'installation d'un fonctionnaire dans son service, c'est-à-dire l'exécution publique de la nomination, la publicité de fait, ne peut-elle pas faire courir le délai? (2) Cette raison fut aussi objectée au requérant, dans l'affaire Savary, (18 mars 1904, *Rec.*, p. 232), pour faire écarter son recours comme tardif :

« Il est de jurisprudence constante, certes, reconnu
« M. Teissier, que pour faire courir le délai de recours,
« l'exécution même de l'acte supplée à sa publication.
« C'est une doctrine très exacte, mais seulement quand
« l'exécution atteint l'auteur du recours, ou au moins se
« manifeste aux yeux de tous les intéressés ! » — Question
d'appréciation par conséquent. Mais, « en l'espèce, il est
« bien évident qu'une installation comme celle, sans aucune
« solennité, d'un inspecteur des Enfants Assistés dans un
» département éloigné, n'est pas un événement d'une
« notoriété telle qu'elle doive arriver nécessairement dans
« tous les départements à la connaissance des intéressés.

(1) Il faudrait réserver le cas, naturellement, où un règlement aurait désigné expressément certains organes pour recevoir les publications. Cf. *infra*.

(2) Laferrière (*Traité de la juridiction administrative*, II, p. 459) admet d'une façon générale qu'une publicité de fait, constituée par l'exécution de l'acte, peut faire courir le délai, mais seulement dans le cas où celle-ci serait absolument notoire.

« En tout cas, elle ne révélerait pas les causes des nullités dont pourrait être entachée la nomination. »

C'est ce que pensa le Conseil d'État : « C' que l'installation du sieur H... n'a pas pu avoir pour effet de suppléer à la publication..., et de faire courir contre le requérant les délais de recours », il écarta la fin de non recevoir opposée.

Depuis, un arrêt de 1909 (1) a confirmé en la généralisant cette façon de voir : « Lorsqu'un décret n'est pas susceptible de notification individuelle, le délai du recours commence à courir à compter de la date de son insertion au *Bulletin des Lois*, et non à compter de sa mise à exécution (2). » — Voici donc, en résumé, la règle générale à dégager de ces trois hypothèses :

(1) Communes de Saint-Léger et Saint-Rémy, 3 décembre 1909.

(2) Le résultat de cette jurisprudence fut exemplaire. L'Administration, devant la fermeté du Conseil d'État, se décida, peu à peu, il est vrai, et seulement dans quelques services, à abandonner le « système de nominations occultes » qu'on lui reprochait : Cf. Deschanel. (Ch. des Députés, 11 décembre 1906, Déb. parl., p. 3319).

— Une série de décrets précipita le mouvement, dans beaucoup d'administrations, en imposant la publication officielle de toute nomination, dans un délai d'un mois, en général :

Administration centrale des Colonies, décrets du 23 mai 1896 et du 19 avril 1910, art. 12.

Administration centrale de l'Intérieur, décrets des 23 février 1907, 20 décembre 1910, art. 15.

Administration centrale du Travail, décret du 20 juin 1907, art. 9.

Administration centrale de la Guerre, décret du 4^{er} février 1909, art. 24.

Un recours contre une nomination est recevable « tant
« qu'il ne ressort d'aucun fait que le requérant puisse
« être considéré comme ayant eu *connaissance*, depuis
« plus de deux mois, *des conditions* dans lesquelles la déci-
« sion a été prise (1). »

II. Une autre question qui touche au délai de recours :
Le recours hiérarchique conserve-t-il le recours contentieux ?

Sans doute, le recours hiérarchique préalable n'est qu'une faculté ; le recours contentieux peut être formé *de plano* et *omisso medio*. Mais si vous usez de cette faculté, cette première façon « gracieuse » de réclamer vous réserve-t-elle pour plus tard le droit d'user de l'autre, plus énergique, la réclamation en justice, — sans que vous soyez limité par le court délai ordinaire ?

— Oui, répondait autrefois la jurisprudence, et le recours contentieux vous restera ouvert pendant le délai normal, à dater de la réponse faite à votre recours gracieux (2).

Administration centrale de l'Agriculture, décret du 6 mars 1909, art. 14, etc....

Percepteurs, décret du 8 novembre 1907, art. 22.

Contr. directes, décret du 19 décembre 1910, art. 5.

Postes, décret du 9 juin 1906, art. 16.

(1) C'est l'arrêt Alcindor (Lacroisade, 1^{er} juin 1906, déjà cité), qui nous donne cette formule. Elle semble être la vraie. Un arrêt de 1908 (*Requin* 26 juin 1908, p. 687), rejette, pour tardivité, un recours contre une nomination, présenté plus de deux mois après le moment où le requérant « en avait eu nécessairement connaissance. »

(2) Cf. D'Andigné de Restran, 9 février 1865 (*Rec.*, p. 171), et conclusions du commissaire du gouvernement l'Hospital.

d'autre raison que l'intérêt fiscal. » Si discutable qu'il soit, il n'en est pas moins vrai que la jurisprudence en fait état; il est probable qu'elle en tiendrait compte pareillement, si l'hypothèse précédente lui était soumise.

IV. Enfin, le fonctionnaire nommé qui voit sa nomination menacée peut-il *intervenir* aux débats ?

— En matière de recours pour excès de pouvoir, il n'y a pas de défendeur. Le procès n'est fait ni à l'auteur de l'acte, ni à son bénéficiaire (1) « Il est fait à l'acte », dit M. Laferrière.

Pourtant, puisque les ministres présentent des observations dans lesquelles ils défendent leurs décisions, il était naturel que la jurisprudence accueillît aussi celles des fonctionnaires dont sont contestés les droits. Leur intérêt est évident. Ils sont admis à intervenir (2).

III. — OBSERVATIONS SUR L'OBJET DU RECOURS

L'objet du recours est l'annulation de l'acte.

Ne nous occupons pas ici de la décision d'annulation

(1) C'est pourquoi, n'étant pas défendeurs au point de vue juridique, ni le ministre en cause, ni l'intervenant ne peuvent, en cas d'annulation, être condamnés aux dépens.

Cf. 8 avril 1899, Fontin (*Rec.*, p. 645).

30 novembre 1900, Viaud (*Rec.*, p. 631).

6 juillet 1906, Nicol (*Rec.*, p. 629).

17 mai 1907, Le Bigot (*Rec.*, p. 460).

(2) Cf Savary, 18 mars 1904 (*Rec.*, p. 232).

Laffaret, 24 mai 1901 (*Rec.*, p. 491).

elle-même, du résultat de recours, qui est en dehors de la question de recevabilité ; nous le retrouverons plus loin. Mais il y a, au point de vue qui nous occupe, quelques précisions à faire sur l'acte susceptible d'être attaqué :

— *Les actes préparatoires à une nomination* peuvent-ils être l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ?

La doctrine générale est qu'« il ne suffit pas, pour pouvoir intenter le recours en annulation, qu'on se croit « menacé par une décision éventuelle ; il faut qu'on soit « réellement touché par une décision actuelle. Le recours « pour excès de pouvoir n'est pas un simple procès de « tendances (1). » Il ne devrait donc être admis que lorsque la situation est telle que, sans lui, un préjudice injuste serait définitivement acquis. Par suite, toute décision qui ne décèlerait que des intentions de la part de l'Administration, qui n'apporterait que des probabilités d'illégalité, ne devrait pas être susceptible de recours. Aux intéressés à attendre les actes ultérieurs, qui transformeront les décisions préparatoires en décisions définitives, susceptibles d'exécution.

Telle est également la jurisprudence habituelle (2). Fallait-il cependant, à raisonner ainsi en matière de nomination de fonctionnaires, soustraire au contrôle juridictionnel toutes les décisions relatives à la confection des *tableaux d'avancement* ? Conclusion grosse de conséquences,

(1) Laferrière, *Traité de la jur. adm.* II p. 427.

(2) Cf. Maugin, 28 décembre 1908 (*Rec.*, p. 983).

Caussé, 22 mai 1908 (*Rec.*, p. 538).

puisqu'elle aboutirait à soumettre à un régime spécial toute une catégorie de règles touchant au recrutement de la fonction publique, dont la violation échapperait ainsi à toute sanction ! Le Conseil d'État sentit de bonne heure la nécessité de déroger sur ce point à sa jurisprudence ordinaire.

Cette nécessité apparut d'abord au sujet des tableaux d'avancement à l'ancienneté dans l'armée ; la règle commune présentait ici de très gros inconvénients (1). L'officier, en effet, est *propriétaire* de son grade ; celui-ci, une fois conféré, ne peut lui être retiré que dans les cas et dans les formes prévues par la loi (2). Or, la loi ne prévoit pas le retrait du grade pour collocation illégale, et le Conseil d'État interprète cette omission comme une impossibilité pour lui d'annuler une promotion d'officiers qu'il reconnaît irrégulière (3). Fallait-il forcer les officiers menacés, lors de la publication des tableaux d'avancement, d'une illégalité dans la fixation de leur rang d'ancienneté, à attendre que celle-ci soit consommée par la publication d'une promotion non annulable ?

Le Conseil d'État prit donc soin, dès 1873, de déroger à sa jurisprudence habituelle, en admettant les recours des

(1) Sur cette question de l'avancement des officiers, voir Georgin. *Organisation de l'avancement*, p. 878.

(2) Celle du 19 mai 1834 sur l'avancement dans l'armée.

(3) Cf. Mercier, 13 mars 1852 (*Rec.*, p. 29). Ceci est peut-être du scrupule, car il est plus rationnel de penser que la loi de 1834 n'a entendu assurer à l'officier la « propriété » de son grade que lorsque cette propriété est légalement acquise.

officiers contre les tableaux d'avancement à l'ancienneté (1); — dérogation rationnelle, car le rang d'ancienneté faisant partie de l'état de l'officier, sa fixation par un tableau d'avancement pouvait être considérée comme une *reconnaissance de droit*, une mesure définitive, et non pas seulement préparatoire (2).

En 1905, toujours en considération de l'intangibilité du grade militaire, la dérogation est étendue aux tableaux d'avancement au choix. (Arrêt De la Taste, 15 décembre 1905, *Rec.*, p. 940).

En 1908 enfin, (arrêt Alcindor, 27 novembre 1908, *Rec.*, p. 973), les autres fonctionnaires vont être admis à recourir contre les tableaux d'avancement aussi bien que contre les nominations elles-mêmes. Cette dernière innovation s'explique par la différence qu'il y a entre ce genre de décision et un véritable acte préparatoire : — Un tableau d'avancement a quelque chose de définitif, en effet. Sans doute, il ne permet pas de savoir qui sera nommé, mais il élimine déjà un certain nombre de ceux qui ne le seront pas. Le fonctionnaire qui espère de l'avancement et qui voit qu'il n'est pas inscrit au tableau, lorsque celui-ci paraît, sait pertinemment qu'il n'a plus rien à espérer pour le prochain mouvement. La publication du tableau lui apporte donc autre chose que des

(1) Cord., 2 mai 1873 (*Rec.*, p. 360).

Houneau, 6 février 1874 (*Rec.*, p. 419).

Hucher, 10 décembre 1875 (*Rec.*, p. 983).

(2) *Id.*, cf. Georgin, *Organisation de l'avancement*, p. 879.

probabilités ; elle a pour lui la valeur d'une mesure définitive d'exclusion. La décision pour lui est actelle, et non éventuelle. Il était absolument rationnel de lui permettre de l'attaquer de suite.

— Une nomination pourrait-elle être l'objet d'un recours, si ses effets avaient disparu à l'égard du requérant par suite d'une *décision ultérieure* ?

Il peut se faire, par exemple, qu'un individu irrégulièrement introduit dans une administration, l'ait quittée, quelque temps après, pour se faire nommer ailleurs. — Sa première nomination est-elle toujours attaquable ?

A première vue, on ne voit pas de quel intérêt pourraient se prévaloir, pour la faire annuler, ses premiers camarades ou ses anciens concurrents, puisque les effets de cette décision ne subsistent plus ! Et si le pourvoi avait été déjà formé, son objet ne disparaîtrait-il pas du fait de la décision intervenue depuis son introduction ? — C'était ce qu'objectait le Ministre des Colonies, dans une des espèces des arrêts Alcindor, (1^{er} juin 1906, espèce Chapis) : « Les pourvois des rédacteurs qui attaquent la nomination du sieur C. comme chef de bureau à l'Intérieur sont devenus sans objet, disait-il, le sieur C. ayant été nommé percepteur à Juvisy par décision du Ministre des Finances *depuis* les arrêts attaqués, et ayant cessé de faire partie du personnel du Ministère. »

Il y aurait pourtant un danger certain à supprimer alors

la possibilité du recours. Ce serait permettre tout simplement à l'Administration de couvrir le vice d'une nomination par une nomination subséquente, qui aurait elle-même, au reste, bien des chances d'être aussi suspecte que la première, parce qu'inspirée par un tout autre motif que par l'intérêt public.

Ainsi, chaque fois qu'un Ministre coupable d'une nomination irrégulière verrait s'élever des plaintes, il lui serait possible de couper court aux réclamations contentieuses, en nommant ou en faisant nommer par un collègue le sujet du litige ailleurs, à un poste d'accès libre ! Ce serait lui donner le moyen de mettre en échec tout le système de contrôle juridictionnel !

Le Conseil d'État y prit garde, et maintint la recevabilité du pourvoi.

Il y avait d'ailleurs à cette solution d'autres intérêts : du moment, en effet que la nomination n'est pas annulée ni rapportée, elle subsiste. Or, si elle est illégale, elle ne doit pas subsister ; il y a là un intérêt de justice abstraite. — En outre, si la nomination subsiste, le temps de service fait par l'individu indûment nommé compte pour son avancement, s'il y a lieu, et pour sa retraite ; il peut servir de base légale à des nominations postérieures ! Tout cela est inacceptable. L'annulation, avec ses effets rétroactifs, y fait obstacle ; le pourvoi à la suite duquel elle sera prononcée n'est donc pas sans objet. On peut seulement remarquer, à ce propos, que dans ces circonstances, ce serait plutôt à un

représentant de l'intérêt général à l'introduire, qu'à un particulier, fût-il fonctionnaire.

— La situation est analogue lorsque c'est le requérant lui-même qui, depuis l'introduction de son pourvoi, a été nommé à un autre poste, — ou même au grade de celui dont il conteste les titres.

C'est ce qui se présentait dans l'arrêt Savary, (18 mars 1904, *Rec.*, p. 232, cf. *suprà*) : Le sieur Savary était sous-inspecteur des Enfants Assistés lorsqu'il attaqua les nominations de sept inspecteurs dans différents départements. Depuis, et antérieurement à la discussion de l'affaire, il avait été nommé inspecteur à Belfort. — Le Ministre lui opposa son défaut d'intérêt. Mais le Conseil d'État repoussa l'objection, — probablement pour les raisons que nous avons dites ; son arrêt est une simple affirmation : « C' que cette circonstance n'a pu préjudicier à son droit de contester les nominations irrégulières »..., le recours de Savary n'est pas sans objet.

— Une nomination peut donc être l'objet d'un recours tant que tous ses effets n'ont pas disparu d'une façon définitive. C'est à ce moment seulement qu'il n'y a plus d'intérêt à l'annuler et que le pourvoi est irrecevable. — Il en est ainsi, notamment, lorsqu'elle est *rapportée* : « Considérant, est-il dit dans l'arrêt Aleindor, espèce Chapuis, « (1^{er} juin 1906), que le Ministre de l'Intérieur n'a pas rapporté les arrêtés attaqués : que dès lors les requérants « ont toujours intérêt à en contester la légalité... » — Mais nous avons dit à quelles conditions le retrait d'une nomi-

nation est valable : il faut l'acquiescement de l'intéressé (1), ce qui rend ce retrait plus difficile, et partant, moins dangereux à notre point de vue. On peut considérer cependant qu'il l'est encore trop s'il doit couvrir l'illégalité. Le Conseil d'État n'a pas eu à statuer assez souvent pour que l'on puisse tenir cette jurisprudence pour définitive.

Le recours est également sans objet lorsque le fonctionnaire visé a été *révoqué*. — C'est ce qu'il faut induire d'un arrêt Viret (22 mars 1907). Le fonctionnaire visé dans l'espèce n'avait pas été révoqué définitivement, mais seulement mis en disponibilité. Le Conseil jugea que cette mise en disponibilité était insuffisante pour faire disparaître l'objet du recours : « Considérant que le sieur C. a été uniquement relevé de son emploi, mais qu'il a continué à être compris dans le cadre du personnel, etc... », — ce qui, *a contrario*, implique que s'il avait été réellement rayé du cadre du personnel par une révocation, il n'eût plus été possible d'attaquer sa nomination.

C'est enfin la solution qu'il faut encore donner, sans doute, au cas où le fonctionnaire dont on conteste les droits a *démissionné* : (Commune de Mortcerf, 22 mai 1908. *Rec.*, p. 543). « Il n'y a pas lieu de statuer sur un recours contre un décret nommant un particulier lieutenant de sapeurs pompiers d'une commune, alors que celui-ci a, depuis l'introduction du pourvoi, donné sa démission. » Il est vrai qu'il ne s'agit encore ici que d'une décision spéciale, qui ne saurait être étendue à toute fonction publique.

(1) Cf. *supra* p. 30.

Une dernière remarque, enfin : il y a des nominations de fonctionnaires qui ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

Il faut qu'un acte émane d'une autorité comprise dans la hiérarchie administrative, en effet, pour pouvoir être déféré au Conseil d'État. Aux termes de l'article 9 de la loi du 24 mai 1872, celui-ci peut accueillir des réclamations contentieuses « contre les actes des diverses autorités administratives », mais contre ceux-là seulement.

Or, il y a des fonctionnaires dont les nominations et les révocations n'émanent pas d'une autorité administrative : certains auxiliaires judiciaires, par exemple : « Le premier président d'une Cour d'appel n'est pas une autorité administrative », déclare un arrêt Gérard (5 août 1908, *Rec.*, p. 887). « Aussi, les actes par lesquels il a, d'une part, astreint les rédacteurs interprètes près la Cour à justifier de leurs connaissances devant un jury d'examen, et, d'autre part, rayé de la liste le sieur G., qui avait refusé de passer cet examen, ne sont-ils pas au nombre de ceux dont il appartient au Conseil d'État de connaître. » — Le recours n'eût pas été plus recevable s'il se fut agi d'une nomination.

On sait, d'autre part, que l'autorité législative est indépendante de l'autorité administrative. Ses actes doivent donc être soustraits au contrôle de la juridiction administrative. — Parmi eux, il faut très probablement, à défaut d'indication dans la jurisprudence, ranger les nominations des fonctionnaires des Chambres, sténographes, huissiers,

rédacteurs, etc.... (1) Le recrutement et l'avancement ont été réglementés dans ces fonctions comme ailleurs (2) ; mais la sanction de ces règles n'est pas de la compétence du juge administratif. Ce sont les bureaux qui jugent des réclamations, quand il s'en produit. Les intéressés ne sont donc pas privés de toute garantie.

DEUXIÈME SECTION

Des conditions de fond

Cas d'ouverture du recours

En satisfaisant aux règles de recevabilité, le requérant a établi, en somme, son *droit à la légalité* de la nomination qu'il attaque.

Il ne lui reste plus qu'à démontrer que cette légalité a été violée, et le Conseil d'État aura l'obligation d'annuler.

Passons donc à l'étude des *moyens d'annulation* offerts au requérant, en l'état actuel de la jurisprudence, pour critiquer utilement la *légalité* d'une nomination (3).

(1) Ces fonctionnaires relèvent du bureau de chaque Assemblée. C'est, selon l'importance de la fonction, soit le bureau, soit le président, soit les questeurs qui les nomment. (Béquet, *Chambres législatives*, n° 702, p. 338).

(2) Délibération du bureau de l'Assemblée nationale, 11 mars 1874.

(3) Et non, bien entendu, son *opportunité* ni son *équité* : ces questions là, nous le savons, ne relèvent que de l'administration active.

Auparavant, toutefois, une base solide est indispensable, étant donné l'amas de textes de toutes sortes et de toutes origines qui réglementent le recrutement des nombreux emplois de chacun des non moins nombreux services publics.

Une question préliminaire se pose donc :

— *Quelles sont les règles obligatoires pour l'agent qui nomme ?*

Toute disposition générale et impersonnelle touchant au recrutement d'une fonction entre-t-elle dans ce *bloc légal*, dont parle M. Hauriou (1), et qui constitue *la loi de la fonction* ?

Il est incontestable que les règles de recrutement qui sont inscrites dans les lois ou dans les décrets signés par le chef de l'État lient l'Administration. Mais celles qui émanent d'autres autorités, — d'un ministre dans un arrêté, d'un préfet dans un règlement, ont-elles force obligatoire ? Des prescriptions de détail sur les opérations d'un concours ou sur la formation d'un tableau d'avancement peuvent être données dans de simples instructions ministérielles. Leur violation peut-elle entraîner annulation par le Conseil d'État ?

L'ancienne jurisprudence, dans son hostilité contre les recours des fonctionnaires (2), refusait naturellement de reconnaître quoi que soit d'obligatoire aux conditions

(1) Hauriou, *Précis de droit administratif*, p. 62.

(2) Cf. *supra*, p. 41 et 5.

prescrites par les seules autorités administratives pour l'admission à telle ou telle fonction publique (1).

Ainsi, en 1893, (Joubert de la Mothe, 9 août 1893, déjà cité), un arrêté réglementaire du Préfet de la Seine posait en règle que « les emplois de commissaire répartiteur adjoint des Contributions directes de la Ville de Paris seraient à l'avenir exclusivement attribués aux candidats qui auraient subi avec succès un examen spécial devant une Commission, et que les candidats admissibles seraient classés par ordre de mérite. » Le Conseil d'État jugea pourtant que le Préfet de la Seine avait pu, sans excès de pouvoir, ne pas déclarer admissible, au profit des deux autres candidats qui suivaient, le premier classé à cet examen (2) !

(1) De même en doctrine, M. Laferrière ne reconnaissait de violation de la loi, devant entraîner en justice la nullité de l'acte, que dans les cas de méconnaissance des « règlements émanés du pouvoir central », c'est-à-dire des décrets du Président de la République, — en dehors, bien entendu, de la loi proprement dite. (*Op. cit.* II, p. 920).

Il est à remarquer que M. Hauriou (*Précis de droit administratif*, 6^e édit., p. 458), exclut, lui aussi, des textes obligatoires pour celui qui nomme les règlements locaux faits par les préfets et les maires, et les règles intérieures des assemblées locales. Cf. critique par Jèze, *Revue de droit public*, 1909 (p. 84 et s.).

(2) Cf. *Idem.* Nouveau-Dupin, 7 août 1891 (*Rec.*, p. 600). Un Conseil général avait nommé une Commission départementale en violation du règlement qu'il avait lui-même édicté. Sur un recours introduit contre cette nomination, le Conseil d'État déclara que « les règlements des Conseils généraux ne rentrent pas dans les dispositions de loi ou de règlement d'administration publique dont la violation peut donner lieu au recours pour excès de pouvoir. »

Il n'en serait plus de même aujourd'hui. Depuis quelques années, la jurisprudence a rejeté cette conception véritablement inacceptable de règles qui s'imposent à tous, sauf à l'Administration de qui elles émanent !

Dans une première affaire, en 1905, (*Warnier*, 7 juillet 1905, *Rec.*, p. 625), il s'agissait d'un avancement à l'ancienneté revendiqué par un sous-ingénieur des Ponts. C'était dans un *arrêté du Ministre*, et non dans un décret qu'était inscrite la règle dont se réclamait le requérant. Le Conseil d'État reconnut à cet arrêté ministériel un caractère obligatoire, et fit droit à la requête.

Un second arrêt, (*Montheuil contre Larnaudie*, 12 juillet 1907, *Rec.*, p. 697), en décida de même des *arrêtés réglementaires* faits par les préfets pour les employés de leurs préfectures.

Il s'agissait d'un arrêté du Préfet de la Seine qui réservait aux expéditionnaires du service intérieur de la Préfecture les emplois de commis dans les asiles d'aliénés de la Seine. Or, telle était la façon cavalière dont on en usait avec les fonctionnaires, six mois ne s'étaient pas écoulés depuis cette promesse que l'auteur même du règlement, le même préfet de la Seine, n'hésitait pas à choisir un commis d'asile d'aliénés de son département en dehors des expéditionnaires de la Préfecture ! Heureusement, le Conseil d'État était là pour rappeler l'autorité au respect des engagements qu'elle avait publiquement pris, fût-ce dans un arrêté. Il annula.

Depuis, cette jurisprudence est admise sans discussion.

— En 1909, une autre question se posa dans cet ordre d'idée devant le juge administratif. C'était celle de savoir si un *règlement de concours* fait par un Conseil de Faculté était obligatoire pour la Faculté elle-même.

Le cas était plus délicat : — (Arrêt Lesage, 12 février 1909) : La Faculté de médecine avait, dans un règlement de concours émané de son Conseil de Faculté et paru en brochure, fixé un délai aux concurrents pour déposer les ouvrages qu'ils voulaient présenter. Malgré cela, par la suite, le prix fut décerné à un concurrent qui n'avait déposé aucun ouvrage dans le délai imparti ! La décision prise dans ces conditions était-elle régulière ? Quelle valeur fallait-il attribuer aux prescriptions réglementaires contenues dans cette brochure ? D'après les conclusions de M. Saint-Paul, commissaire du Gouvernement, « la brochure contenant le règlement n'avait eu d'autre but que « de donner de la publicité à une fondation intéressant « le corps médical, et de fournir des renseignements à ceux « qui voulaient concourir. » Aussi la mention finale portant que les ouvrages devaient être déposés avant le 15 octobre, ne constitue-t-elle, dit-il, « qu'une mesure intérieure », sans force pour le dehors.

Mais le Conseil d'État se montra plus ferme. Il jugea qu'un règlement de concours lie la Faculté comme les concurrents eux-mêmes (1) : « Les requérants sont recevables à se prévaloir de l'irrégularité dont se trouvait

(1) Cf. sur les règles qui lient l'Administration en général, *Revue de droit public*, 1909, p. 84, note de M. Jèze.

« entachée la délibération qu'ils attaquent, décida-t-il, du
« fait qu'elle aurait été prise en violation des règlements de
« la Faculté pour l'attribution du prix Lesage.... S'il appar-
« tenait au Conseil de Faculté de ne pas décerner le prix,
« au cas où il aurait estimé que le mérite des ouvrages
« présentés n'était pas suffisant, il ne pouvait, au mépris
« des règles dont l'observation s'imposait à lui aussi
« bien qu'aux concurrents, décerner le prix au sieur
« Achard, qui n'avait présenté aucun ouvrage. »

Et quelques mois après, il précise sa jurisprudence en la limitant : un recours contre une décision prise en violation d'une condition de délai fixée par un simple *avis inséré au Journal officiel*, est rejeté, parce que « cette condition n'est écrite dans aucun texte réglementaire ». (*Chassigneux*, 26 mars 1909. *Rec.*, p. 348).

Il semble que ce soit là la formule à donner aujourd'hui : toute *disposition réglementaire* touchant au recrutement de la fonction publique est obligatoire pour l'Administration.

— Mais que décider si une prescription plus ou moins accessoire, sur la façon de procéder aux opérations d'un concours, par exemple, ou sur la confection d'un tableau d'avancement, émane d'une simple instruction ministérielle ?

Au premier abord, une circulaire, une instruction ministérielle, par leur caractère de prescriptions hiérarchiques destinées à guider l'Administration intérieure, — (elles ne sont même pas portées, normalement, à la connais-

sance du public), — ne paraissent pas pouvoir donner de droits contre l'Administration. C'est ce qu'on jugeait autrefois : (*Damas, 30 juin 1853*, à propos d'une révocation) : « Alors même qu'il serait établi qu'on n'aurait pas
« complètement observé les formes indiquées dans les
« instructions ministérielles, la seule inobservation de ces
« formes ne peut entraîner la nullité de la décision. »

Depuis le revirement général de la jurisprudence sur la recevabilité des recours de fonctionnaires, un arrêt, (*Morand-Monteil, 2 août 1907*), laissait la question en suspens. — Elle se posa à nouveau en 1909, dans l'affaire *Rageot, 9 août 1909 (Rec., p. 809)*, à propos de la confection d'un tableau d'avancement. Le Conseil d'État la résolut dans le sens de l'obligation, mais voici à quelle condition :

« Dans le cas où une instruction ministérielle a eu
« pour but d'assurer l'exécution d'un décret organique
« et de donner des garanties au personnel, la méconnaissance des prescriptions de cette instruction n'engage
« pas seulement la responsabilité de ceux qui en sont
« les auteurs vis-à-vis du Ministre, mais constitue en
« outre une atteinte aux droits du personnel », de nature à donner ouverture au recours pour excès de pouvoir.

Ainsi tout texte législatif ou réglementaire et toute disposition complémentaire d'un texte législatif ou réglementaire sont obligatoires pour l'agent qui nomme. Les fonctionnaires peuvent-ils souhaiter jurisprudence plus libérale ?

— La légalité étant ainsi déterminée, dans quels cas le Conseil d'Etat estime-t-il que cette légalité est violée ? Toutes les violations de la loi ne se ressemblent pas ; toutes n'ont pas été toujours susceptibles d'entraîner l'annulation par le juge administratif ; toutes n'ont pas été admises aussi facilement l'une que l'autre. — D'où des classifications.

Tenons nous en à celle qui est classique, sauf à faire, par la suite, des réserves à son sujet (1).

Les cas d'illégalité qui peuvent être invoqués par un fonctionnaire ou par un candidat fonctionnaire contre une nomination qui le lèse sont au nombre de quatre : ce sont : l'incompétence, le vice de forme, le détournement de pouvoir et la violation de la loi.

Commençons par l'incompétence, le cas d'ouverture le plus ancien, avec le vice de forme, du recours pour excès de pouvoir, bien qu'en matière de nominations irrégulières ce soit certainement une des sources d'actions les moins abondantes pour les fonctionnaires.

I. — DE L'INCOMPÉTENCE

L'incompétence suppose le défaut d'aptitude légale à faire un acte déterminé.

(1) M. Hauriou, (*Précis de droit administratif*, p. 448), a fait une théorie générale des plus brillantes sur les cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir.

Voir aussi : *Revue de droit public*, 1908, p. 671, note de M. Jèze.

Une nomination dont l'auteur est incompétent, est nulle d'une nullité d'ordre public qui peut être prononcée d'office par le Conseil d'État, même si la requête a omis de l'invoquer (1).

Le cas le plus grave d'incompétence serait, à première vue, celui où un fonctionnaire dépourvu de toute autorité s'aviserait de faire des nominations dans l'administration. Mais il y aurait alors usurpation de pouvoir plutôt qu'incompétence. L'acte n'aurait même pas besoin d'être annulé; il serait inexistant.

Il en serait de même si un agent administratif, jadis revêtu du pouvoir de nomination, l'exerçait postérieurement à sa révocation, à sa démission ou à sa mise à la retraite.

Il faut cependant réserver le cas où le fonctionnaire dont les pouvoirs sont expirés continue à les exercer *par intérim*, en attendant l'installation de son successeur (2). Cette situation est toujours très nette; elle ne prête pas à difficultés.

L'incompétence proprement dite, cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir, suppose le fait d'une autorité administrative qui a empiété sur les pouvoirs d'une autre autorité administrative, sa voisine, sa supérieure ou son inférieure.

Cette situation se rencontre parfois en matière de révoca-

(1) Commune de Chebit, 27 février 1880.

(2) Cf. Laferrière, II, p. 480.

tions (1). Elle est très rare en matière de nominations. Les compétences de recrutement primaire aussi bien que celles qui règlent la distribution de l'avancement sont trop précises, en effet, pour qu'on se risque à aller à leur rencontre. Le plus souvent, du reste, on ne voit pas qui oserait empiéter sur les pouvoirs de l'autorité compétente : c'est le ministre qui, pour la plupart des services publics, signe les nominations ! L'hypothèse d'un fait d'incompétence en cette matière n'est cependant pas impossible ; nous pouvons passer une revue rapide des situations qui peuvent se présenter.

1° Une nomination émane d'une autorité inférieure à celle à qui la loi a donné compétence :

Il faudrait s'assurer, le cas échéant, avant d'en attaquer la légalité, s'il n'y a pas eu lieu à *suppléance* ou à *délégation*.

La suppléance et la délégation ne doivent pas être confondus ; il y a entre elles des différences essentielles. Le suppléant est désigné d'avance par la loi ; il est substitué de plein droit à l'autorité qu'il a mission de remplacer, dès que le cas de remplacement prévu par la loi vient à se réaliser. Au contraire, la délégation ne peut résulter que d'une décision spéciale, émanée de l'autorité dont les pouvoirs sont délégués ou du supérieur hiérarchique ; elle est elle-même spéciale, et n'opère que le transfert

(1) Cf. Lacourte, thèse, Paris, 1910, p. 101.

des attributions expressément déléguées par l'acte de délégation.

Pour le Président de la République, par exemple, l'article 7 de la loi du 25 février 1875 prévoit une suppléance temporaire : « En cas de vacances par décès ou pour toute autre cause, les deux Chambres réunies procèdent immédiatement à l'élection d'un nouveau Président. Dans l'intervalle, le conseil des ministres est investi du pouvoir exécutif. » Mais la signature des décrets de nomination ne saurait être déléguée à l'un ou à l'autre des ministres ; le conseil des ministres seul peut prendre la décision (1).

Pour les ministres, la loi n'a pas organisé de suppléance ; le chef de l'État et les ministres eux-mêmes ont seulement la faculté de faire une délégation de leurs pouvoirs.

Pour les préfets et les maires, la suppléance n'est prévue que dans des cas limités que les textes spéciaux déterminent (2). Nous y renvoyons.

En dehors de ces deux hypothèses qui sont faciles à reconnaître, toute nomination qui émanerait d'une autre autorité que celle à qui la loi ou les règlements ont attribué compétence, devrait être annulée, même d'office, par le Conseil d'État.

2° Seconde hypothèse, le supérieur peut avoir empiété à son tour sur les pouvoirs de l'inférieur : un ministre de

(1) Cf. Laferrière, II, p. 473.

(2) Cf. Bloch, *Dictionnaire de l'Administration*, aux mots « suppléance et délégation. »

L'Intérieur, par exemple, peut avoir pris un arrêté introduisant un individu dans un service public dont le recrutement est de compétence préfectorale. Là encore il y aurait excès de pouvoir, malgré l'existence du pouvoir hiérarchique. C'est un principe certain, en effet, que les compétences sont de droit strict. Le supérieur peut réformer l'acte de son inférieur ; il peut le rapporter, nous verrons à quelles conditions quand il s'agit d'une nomination ; il ne peut pas agir à sa place qu'en cas de refus.

Des précisions sont peut-être utiles, à ce propos, sur les pouvoirs des préfets à l'égard des maires en matière de recrutement des employés municipaux ; la loi pourrait prêter à équivoque. On sait que le maire agit, en général, soit comme délégué du pouvoir central, soit comme représentant de l'autorité municipale. Dans le premier cas, il est soumis à l'autorité du pouvoir supérieur. Comme nous venons de le dire, en cas de refus du maire de faire un acte que la loi lui prescrit de faire, le préfet peut, après mise en demeure, agir à sa place, (art., 85 de la loi de 1884) ; il est alors compétent par substitution, de plein droit. Dans le second cas, lorsque le maire agit comme représentant de l'autorité municipale, il n'est plus que sous la surveillance du préfet, qui peut, dit la loi, annuler ou suspendre ses arrêtés, (art. 95 de la loi du 5 avril 1854). — Or, en quelle qualité le maire agit-il quand il use du pouvoir de nomination que l'article 88 de la loi de 1884 lui confère pour le

recrutement des services municipaux ? Comme représentant de l'autorité municipale, évidemment. — Le préfet pourra donc annuler ou suspendre un arrêté de nomination pris par le maire ? Mais quelle serait alors la situation du fonctionnaire nommé ? Il pourrait être dépossédé de son emploi par le préfet, malgré le maire ?

La question s'est posée dans l'arrêt Requin, (26 juin 1908). Le Conseil d'État y écarte nettement tout contrôle préfectoral :

« Aucune disposition de loi ne soumet au contrôle du
« préfet les arrêtés par lesquels les maires nomment
« les titulaires des emplois municipaux... Ces arrêtés ne
« sont pas davantage au nombre de ceux dont le préfet
« peut, par application de l'article 95 de la même loi,
« prononcer l'annulation ou suspendre l'exécution. »

Rappelons ce que nous disions des difficultés que rencontre l'Administration pour revenir sur une nomination illégale, lorsqu'elle en est sollicitée par un recours gracieux : un arrêté de nomination, notifié à l'intéressé, confère à celui-ci un droit sur sa fonction ; il n'en peut être dépossédé que par une révocation régulière, ou par un arrêt d'annulation émanant du Conseil d'État. La décision de l'administration active qui rapporterait malgré lui sa nomination, serait susceptible d'être déférée au juge administratif, seul qualifié pour en apprécier la légalité.

3° Enfin, troisième cas possible d'incompétence, une autorité administrative pourrait avoir empiété sur les pouvoirs

l'Intérieur, par exemple, peut avoir pris un arrêté introduisant un individu dans un service public dont le recrutement est de compétence préfectorale. Là encore il y aurait excès de pouvoir, malgré l'existence du pouvoir hiérarchique. C'est un principe certain, en effet, que les compétences sont de droit strict. Le supérieur peut réformer l'acte de son inférieur; il peut le rapporter, nous verrons à quelles conditions quand il s'agit d'une nomination; il ne peut pas agir à sa place qu'en cas de refus.

Des précisions sont peut-être utiles, à ce propos, sur les pouvoirs des préfets à l'égard des maires en matière de recrutement des employés municipaux; la loi pourrait prêter à équivoque. On sait que le maire agit, en général, soit comme délégué du pouvoir central, soit comme représentant de l'autorité municipale. Dans le premier cas, il est soumis à l'autorité du pouvoir supérieur. Comme nous venons de le dire, en cas de refus du maire de faire un acte que la loi lui prescrit de faire, le préfet peut, après mise en demeure, agir à sa place, (art., 85 de la loi de 1884); il est alors compétent par substitution, de plein droit. Dans le second cas, lorsque le maire agit comme représentant de l'autorité municipale, il n'est plus que sous la surveillance du préfet, qui peut, dit la loi, annuler ou suspendre ses arrêtés, (art. 95 de la loi du 5 avril 1854). — Or, en quelle qualité le maire agit-il quand il use du pouvoir de nomination que l'article 88 de la loi de 1884 lui confère pour le

recrutement des services municipaux ? Comme représentant de l'autorité municipale, évidemment. — Le préfet pourra donc annuler ou suspendre un arrêté de nomination pris par le maire ? Mais quelle serait alors la situation du fonctionnaire nommé ? Il pourrait être dépossédé de son emploi par le préfet, malgré le maire ?

La question s'est posée dans l'arrêt Requin, (26 juin 1908). Le Conseil d'État y écarte nettement tout contrôle préfectoral :

« Aucune disposition de loi ne soumet au contrôle du
« préfet les arrêtés par lesquels les maires nomment
« les titulaires des emplois municipaux... Ces arrêtés ne
« sont pas davantage au nombre de ceux dont le préfet
« peut, par application de l'article 95 de la même loi,
« prononcer l'annulation ou suspendre l'exécution. »

Rappelons ce que nous disions des difficultés que rencontre l'Administration pour revenir sur une nomination illégale, lorsqu'elle en est sollicitée par un recours gracieux : un arrêté de nomination, notifié à l'intéressé, confère à celui-ci un droit sur sa fonction ; il n'en peut être dépossédé que par une révocation régulière, ou par un arrêt d'annulation émanant du Conseil d'État. La décision de l'administration active qui rapporterait malgré lui sa nomination, serait susceptible d'être déférée au juge administratif, seul qualifié pour en apprécier la légalité.

3° Enfin, troisième cas possible d'incompétence, une autorité administrative pourrait avoir empiété sur les pouvoirs

d'une autorité voisine qui ne lui serait reliée par aucun lien hiérarchique : si, par exemple, un ministre faisait une nomination qui dépendait d'un de ses collègues. L'hypothèse n'est pas très vraisemblable ; elle l'est plus dans les rapports du Préfet de la Seine avec le Préfet de police, les limites de leurs compétences respectives étant assez obscures. Aucun recours, pourtant, n'a donné jusqu'à présent l'occasion de les fixer.

Les deux seules décisions dans lesquelles le Conseil d'État ait eu à appliquer des règles de compétence sont intervenues à propos de situations plus complexes. Elles visent le cas où le fait du recrutement est scindé en deux actes distincts, dépendant de deux autorités différentes : *le choix* proprement dit, d'une part, fait, par exemple, par une commission, qui dresse une liste de classement ou d'aptitude ; *la nomination*, d'autre part, qui n'est plus que la consécration, obligatoire pour l'autorité investie du pouvoir de nomination, de la sélection déjà faite. Si celle-ci s'avise d'écarter un candidat inscrit, ou d'en nommer un non inscrit, elle excède son pouvoir. C'est ce qui s'est présenté dans l'affaire Warnier, (7 juillet 1905, *Rec.*, p. 625) : Le Conseil d'État y annule, pour incompétence, une décision du Ministre des Travaux Publics qui avait refusé à un sous-inspecteur des Ponts l'avancement l'ancienneté auquel il prétendait avoir droit, et dont la commission d'avancement, seule compétente pour en décider, ne l'avait pas privé.

Plus récemment, deux autres arrêts (Aubry et Butot,

10 juin 1910, *Rec.*, p. 364) en ont décidé de même relativement aux emplois civils réservés aux anciens sous-officiers rengagés (1). Une commission classe les candidats, après examen de leurs titres et de leur capacité; l'autorité doit les nommer au fur et à mesure que des vacances se produisent. Or le Préfet de police avait refusé, un jour, d'admettre dans la police municipale deux candidats à lui régulièrement présentés par la commission de classement, parce qu'ils avaient subi des condamnations avant leur entrée au régiment; — scrupule très compréhensible, mais dont la loi ne lui permettait pas de faire état. Le Conseil d'État annula ses deux décisions de refus, parce que, seule, la commission était compétente pour examiner les titres des candidats et juger, par suite, des causes d'indignité qui pouvaient les faire écarter.

Ces deux arrêts semblent avoir renseigné l'Administration sur la limite de ses pouvoirs : aucun recours de ce genre ne s'est présenté depuis.

II. — DU VICE DE FORME

Le vice de forme fut assimilé dès l'origine à l'incompétence comme cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir. Chaque fois qu'une formalité à laquelle une nomination est assujettie par la loi ou les règlements a été omise ou irrégulièrement accomplie, la décision est juri-

(1) Loi du 21 mars 1905. Nous en reparlerons plus loin.

diquement entachée d'excès de pouvoir et peut être annulée.

La jurisprudence administrative n'admet pas, comme les tribunaux civils, de distinction entre les formes substantielles et les formes non substantielles. Il n'est pas besoin que le texte prescrive une formalité à peine de nullité, pour que celle-ci soit obligatoire.

Mais encore faut-il qu'un texte la prescrive. Ainsi (Monod, 28 juin 1907, *Rec.*, p. 616), l'inexactitude d'une certaine mention portée au décret qui nomma M. Mirman directeur de l'Assistance publique, lorsque celui-ci succéda à M. Monod, n'entraîna pas l'annulation du décret, parce qu'aucun texte ne faisait à l'autorité une obligation de cette mention.

En matière de recrutement primaire ou d'avancement, les formalités peuvent consister en *présentations* des candidats par certaines autorités administratives. — Toute nomination faite sans que la présentation requise ait eu lieu, est annulable.

Citons seulement un exemple : (arrêt du 18 décembre 1894, *consistoire de Sedan*) : « Tous les consistoires protestants ont un droit de présentation pour les chaires vacantes à la Faculté de Montauban ou à la Faculté de Paris, (art. 7 du décret du 26 mars 1852), — sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les professeurs titulaires et les chargés de cours. » En conséquence, le Conseil d'État annule un arrêté ministériel nommant un chargé de cours

sans qu'il ait été procédé à la consultation nécessaire (1).

Mais le droit de présentation est limité, parfois, selon le caractère de consultation ou de présentation proprement dite que les textes, suivant les cas, lui donnent.

Ainsi, (*Sieurs Beauperthuis et autres*, 3 décembre 1897, *Rec.*, p. 739) : En présence des termes de l'article 47 des statuts de la Banque de la Guadeloupe, — banque relevant de l'administration —, qui disposent que « le gouverneur nomme en conseil privé, sur la proposition du Conseil d'Administration, un directeur intérimaire en cas de besoin », le Conseil d'État a décidé que le Conseil d'Administration, une fois la proposition faite, a épuisé ses droits, et que le le Gouverneur reste libre de choisir en conseil privé un candidat autre que celui qui lui a été proposé par le Conseil d'Administration (2).

Souvent, la formalité prescrite par les règlements est *un avis* à demander à certains corps ou à certains agents administratifs.

C'est ainsi que l'article 41 du décret du 15 juillet 1897

(1) Lebon, 1891, p. 771. Cf. conclusions de M. le Vavas seur de Precourt. Cf., autres arrêts analogues :

Consistoire de Marseille et autres, 24 mai 1904 (*Rec.*, p. 510).

Consistoire de Marseille, Saint-Jean du Gard et Sedan, 17 janvier 1902 (*Rec.*, p. 20), etc., etc...

(2) Cf. *idem*. Commune de Miliana, 31 mai 1895 (*Rec.*, p. 460) limitant la portée d'un avis préalable que le préfet d'Alger avait à demander au maire de Miliana, avant de nommer un adjoint indigène, (décret du 7 avril 1884).

dispose que si le personnel des rédacteurs du Ministère de l'Intérieur se recrute au moyen d'un concours annuel, le Ministre peut toutefois, *après avis du conseil des directeurs*, appeler dans une certaine proportion à cette fonction des fonctionnaires des services extérieurs du ministère ou d'autres administrations.

En conséquence, sont annulées les nominations qui ont été faites sans cette formalité nécessaire : (*Aleindor et autres : Trouillot, 2^e espèce, 1^{er} juin 1906, Rec., p. 515, Chapuis 4^e espèce, idem*).

Mais cela n'est pas très fréquent. A l'heure actuelle, dans le domaine du recrutement tout au moins, l'arbitraire se réalise de moins en moins par l'irrégularité des formes. Celles-ci sont trop précises, en effet, leur régularité trop facile à vérifier, pour que l'on se risque à les omettre. La plupart des recours qui se fondent sur un vice de forme ont trait à l'avancement : *la confection des tableaux*, la composition des commissions qui y procèdent prêtent assez souvent à réclamation, mais sans qu'il soit possible de dégager des règles générales de cette jurisprudence, en raison de l'extrême variété des espèces.

L'arrêt Pageot, par exemple, (6 août 1909, *Rec.*, p. 809), nous montre un tableau d'avancement attaqué par un rédacteur de ministère, 1^o pour retard dans sa confection, 2^o pour composition irrégulière du conseil des directeurs appelés à dresser la liste des présentés, 3^o pour établissement dudit tableau par grades, et non par directions,

4^o enfin, pour modifications irrégulières apportées par le Ministre à la liste des propositions.

Sur ces quatre moyens, trois n'étaient pas fondés; le quatrième s'appuyait sur une simple instruction ministérielle. Cela suffit au Conseil d'État, une fois qu'il eût reconnu le caractère obligatoire du texte invoqué, pour annuler tout le tableau.

Autre exemple de tableau d'avancement attaqué et annulé : (Belin, 22 août 1910, *Rec.*, p. 327). — Est entaché d'irrégularité le tableau d'avancement du personnel des Travaux Publics en Indo-Chine, alors que la Commission chargée de préparer ce tableau et le Comité auquel incombait le soin de l'établir définitivement n'ont pas été composés suivant les prescriptions réglementaires. La décision du Gouverneur Général approuvant le dit tableau doit donc être annulée (1). — Jurisprudence sans intérêt spécial, par conséquent : les textes visés sont des règlements concernant, chacun, un service particulier, et dans chaque service les différents degrés hiérarchiques : leur interprétation ne soulève pas de questions d'ordre général.

(1) Voici, pour l'exemple, les textes et les prescriptions visés : « Considérant qu'il résulte de l'instruction que le tableau d'avancement du personnel pour l'année 1907 n'a été ni arrêté ni préparé conformément aux prescriptions de l'article 5 du décret du 18 janvier 1905 et des articles 3 et 7 de l'arrêté du gouverneur général en date du 14 novembre 1905 », — défaut de convocation du Chef des Services administratifs et du Contentieux à la Direction Générale, — absence du Directeur général des Travaux publics, . . (Belin, 22 août 1910, *Rec.*, p. 327).

— Si le tableau est irrégulier, les nominations faites sur ces propositions le sont aussi, par voie de conséquence. Ceci est évident pour les tableaux d'avancement ; la loi en fait une formalité nécessaire ; l'irrégularité de la condition entraîne celle de la décision.

Mais le Conseil d'État vient, tout récemment, d'aller beaucoup plus loin sur ce chapitre. Lorsqu'une promotion a lieu au choix, *le tableau d'ancienneté* du personnel, à la différence du tableau d'avancement, n'est qu'un simple élément d'appréciation, pour le ministre ; celui-ci n'est pas obligé d'en tenir compte, en dehors de certains minimums de temps de services exigés par certains règlements pour le passage d'un grade à un autre. Pourtant, du fait d'inexactitudes contenues dans un tableau d'ancienneté, un arrêt du 19 janvier 1912 vient d'annuler des *nominations au choix* !

Un certain nombre de préparateurs des Facultés des sciences de Grenoble, Montpellier, Dijon et Nancy avaient déféré au Conseil d'État : 1° un arrêté du Ministre de l'Instruction publique, en date du 18 juillet 1910, relatif au tableau d'ancienneté du personnel des Facultés des sciences, 2° un arrêté du même jour nommant à la classe supérieure un certain nombre de leurs collègues.

Les requérants soutenaient uniquement que le premier de ces arrêtés avait mal appliqué un décret de 1910, lequel avait réduit de sept à cinq le nombre des classes de préparateurs par la fusion des 3° et 4° classes et des 5° et 6° classes.

Dans ce travail de fusion, en effet, au lieu de conserver aux préparateurs qui appartenaient antérieurement à la 3^e et à la 5^e classe le bénéfice de leur ancienneté, le Ministre les avait classés uniquement d'après la date de leur dernière promotion. Par suite, des préparateurs qui appartenaient antérieurement à la 3^e et à la 5^e classe s'étaient vus primés sur le tableau d'ancienneté par ceux de la 4^e et de la 6^e.

Le Conseil d'État, reconnaissant le bien fondé de la thèse des requérants, annula l'arrêté du Ministre relatif au tableau d'ancienneté des préparateurs, et ceci est absolument normal ; mais, fait nouveau, cette annulation l'a amené à annuler également les nominations qui avaient suivi la publication du tableau d'ancienneté !

Sans doute, a-t-il pensé, ces nominations ont eu lieu au choix ; mais le tableau d'ancienneté, sans lier l'autorité qui nomme comme un tableau d'avancement, constituait incontestablement un des éléments qui permettaient au Ministre d'exercer son choix. Dès lors, et du fait des inexactitudes contenues dans le tableau d'ancienneté, les nominations au choix se sont trouvées viciées (1).

(1) Voici sur ce point les dispositions de l'arrêt du Conseil d'État. Elles ont une portée générale et peuvent s'appliquer à l'ensemble des fonctionnaires : « Considérant qu'il résulte de l'instruction qu'à la date du 18 juillet 1910 les sieurs A., Q., R., B., D. et R., avaient obtenu leur dernière promotion depuis plus de deux ans : que, par suite, ils se trouvaient dans les conditions prévues par l'article 4 du décret du 25 mars 1908 pour être élevés à une classe supérieure ;

« Mais considérant que les promotions sont faites par le ministre

Enfin, beaucoup de services publics se recrutent à l'heure actuelle, — et cela est très heureux, au moins pour le recrutement primaire, — au *concours* (1) : Sera investi de la fonction celui qui, publiquement, aura fait preuve de la plus grande capacité.

Cette publicité, précisément, est en même temps une garantie de régularité des opérations. Il est rare que les décisions ministérielles qui interviennent à la suite de ces épreuves soient déférées au Conseil d'État. Nous avons cependant assez d'arrêts pour pouvoir dégager les grandes lignes de la jurisprudence en cette matière.

Elle distingue par un premier trait cette formalité des autres : le concours n'est pas toujours requis à peine de

après avis des doyens et des recteurs, par application des articles 3 et 5 du décret, du 25 mars 1908 ; que si elles ont lieu uniquement au choix, sans qu'un tour soit réservé au bénéfice de l'ancienneté, les propositions des supérieurs hiérarchiques se font sur le vu d'un tableau destiné à les éclairer sur la durée des services des intéressés en même temps que sur leur valeur professionnelle ; que dans les conditions où le tableau d'ancienneté a été dressé, les propositions faites au profit de préparateurs qui occupaient indûment la tête du tableau, alors qu'ils auraient dû être primés par un grand nombre de leurs collègues beaucoup plus anciens dans la même classe, étaient entachées d'une irrégularité qui a vicié leur nomination par le ministre, ... les décisions attaquées sont annulées. »

(1) Sur cette tendance, cf. Bonnard, *Revue de droit public*, 1907, p. 495, p. 733 et s.

— Il resterait pourtant à les organiser convenablement. Cf. Georgin, déjà cité (p. 566 : critique de l'organisation actuelle des concours). Faguet, *Le culte de l'incompétence* (p. 177).

G. Renard, *Revue politique et parlementaire* (janvier 1908, p. 137). Salaün, *Les fonctionnaires* (p. 159).

nullité de la nomination à intervenir, — ce qui constitue une dérogation à la jurisprudence générale que nous avons exposée sur les règles obligatoires pour l'agent qui nomme. Le concours n'enchaîne le pouvoir discrétionnaire de nomination que s'il a été prescrit *par une loi ou par un règlement*.

Deux arrêts, l'un de 1893, (*Joubert de la Mothe*, 9 août 1893, *Rec.*, p. 683), et surtout un autre, plus récent, (*Châlmette*, 11 décembre 1908, *Rec.*, p. 1023), nous montrent, en effet, que l'ordre de classement résultant de concours établis, l'un par le Préfet de la Seine, l'autre par une Commission administrative des hospices et hôpitaux d'une ville, n'oblige pas juridiquement l'autorité qui en a pris l'initiative, et qui dispose du pouvoir de nomination, à investir de la fonction le candidat qui lui est présenté en première ligne par le jury.

Dans l'espèce de 1893, (*Joubert de la Mothe*), l'arrêté réglementaire du Préfet était pourtant bien net : « Les »
« emplois de commissaire répartiteur des contributions »
« directes de la Ville de Paris seront, à l'avenir, exclusi- »
« vement attribués aux candidats qui auront passé avec »
« succès un examen spécial devant une Commission.... »
« Les candidats reconnus admissibles seront classés par »
« ordre de mérite »... Cependant, dit l'arrêt, « la décision »
« par laquelle le Préfet de la Seine a déclaré admissibles à »
« l'emploi de commissaire... deux seulement des quatre »
« candidats *présentés* par la commission d'examen, — (il »
« avait écarté notamment le premier classé), — a été prise »

« dans l'exercice des pouvoirs d'administration qui lui
« appartiennent ! » Il est vrai qu'en 1893, la jurisprudence
ne s'était pas encore débarrassée de la notion des actes de
pure administration ; on peut y voir la raison de cette
décision.

Mais le second arrêt, (*Chalmette*) (1), ne laisse subsister
aucun doute : « Considérant, dit-il, que l'article 14 de la loi
« du 7 août 1851 dispose que les commissions administra-
« tives des hospices et hôpitaux en nomment les médecins
« et chirurgiens ; Considérant que le sieur B... (classé seu-
« lement le second à un concours institué par une de ces
« commissions), a été nommé par application de ce texte :
« qu'alors même que la commission administrative aurait
« pris l'engagement tacite de pourvoir de l'emploi mis
« par elle au concours le candidat qui lui serait présenté
« en première ligne par le jury, la méconnaissance de cet
« engagement, qui ne *constitue la violation ni d'une loi,*
« *ni d'un règlement*, ne saurait entacher d'illégalité une
« nomination faite par l'autorité compétente, ni par suite
« donner ouverture au recours pour excès de pouvoir »,...
le Conseil d'État rejette le pourvoi du candidat classé
premier par le jury et évincé par la commission.

Ce qui nous amène à distinguer entre les concours :

1° ceux qui sont prescrits par la loi ou par les règlements
émanés du Chef de l'État. — Ils lient alors le pouvoir discrétion-

(1) Sur Chalmette, voir la note de M. Jèze (*Revue de droit public*,
1909, *Rec.*, p. 704).

tionnaire de nomination ; ils le suppriment même, puisque c'est le jury qui nomme, en réalité : ce sont des *concours de nomination* proprement dits ;

2° ceux qui sont décidés spontanément par des agents de désignation, qui hésitent à exercer discrétionnairement leur pouvoir. — Ce ne sont alors que des épreuves destinées à renseigner ces agents sur l'aptitude des candidats. Elles ne suppriment pas, même partiellement, le pouvoir discrétionnaire attribué par la loi à ces autorités. Leur méconnaissance ne constituant, pour reprendre les termes de l'arrêt « la violation ni d'une loi ni d'un règlement », — non seulement l'agent qui nommé pourrait, comme nous l'avons vu, ne pas tenir compte de leurs résultats, — il pourrait même faire la nomination directement, sans procéder à l'épreuve d'information à laquelle il s'était proposé de recourir : ce sont de simples *concours de présentation* (1).

Les premiers seuls relèvent du contentieux de l'excès de pouvoir. Ne nous occupons donc plus que de ceux-là, et recherchons dans les arrêts, à leur propos, les conséquences de la distinction jurisprudentielle. — Lorsque la loi ou un

(1) L'arrêt Chalmette précise dans sa seconde espèce (demande en indemnité de la part du candidat classé premier au concours, et écarté), la portée du concours de présentation organisé par la Commission administrative : la Commission administrative, en ouvrant un concours pour la nomination d'un candidat, a entendu « *se réserver le droit d'exercer librement son choix* parmi les concurrents *examinés* par le jury, dont les constatations et le classement n'auraient « à son égard *que la valeur* d'une simple présentation... »

règlement prescrit que la nomination n'aura lieu qu'après concours, l'agent investi du pouvoir de nomination ne pourrait, sans excès de pouvoir :

1° faire des nominations sans concours ;

2° faire des nominations dans un autre ordre que celui du classement arrêté par le jury (1).

Par contre, il a été jugé qu'il restait dans la limite de ses pouvoirs en annulant un concours irrégulier, et en refusant de nommer le candidat présenté dans ces conditions (2).

Enfin, — autre dérogation à la jurisprudence ordinaire — dans cet ensemble de formalités qu'est un concours toutes les formalités prescrites par les règlements ne sont pas obligatoires. Le Conseil d'État fait ici une distinction analogue à celle que l'on fait en droit civil entre les formes substantielles et les formes non substantielles : ne sont requises à peine de la nullité de l'opération que les prescriptions qui constituent *des garanties* pour les candidats.

Ainsi, dans l'arrêt *Brault*, (16 novembre 1894, *Rec.*, p. 595) : Un des jurés titulaires du concours d'agrégation

(1) Ce que, du reste, les textes prévoient, en général : Cf. décret du 3 mars 1897, article 27 (auditorat du Conseil d'État). Cf. aussi statut du 16 novembre 1874, article 24, (agrégation des Facultés).

(2) Cf. *Bessonnet*, 17 juin 1904 (*Rec.*, p. 487). Il s'agissait d'un concours de la Faculté de Médecine de Bordeaux auquel ne s'était présenté qu'un seul candidat. Le jury, désirant s'en remettre à l'appréciation du ministre, avait bien rédigé un rapport qui permettait à celui-ci de nommer le candidat, mais sans ouvrir aucun scrutin, comme le voulait le décret du 25 juillet 1885. — Le ministre, à bon droit, annula les opérations du concours.

de médecine s'étant trouvé atteint d'une indisposition passagère au jour fixé pour l'ouverture des épreuves, le jury avait renvoyé au lendemain les opérations, — qui n'avaient encore reçu aucun commencement d'exécution, — au lieu de se compléter immédiatement par un tirage au sort fait parmi ses membres supplémentaires, comme l'article 7 du statut de l'Agrégation des Facultés le prescrivait. N'y avait-il point là une infraction au règlement capable de faire annuler l'épreuve?

Le Commissaire du Gouvernement Saint-Paul défendit pourtant la régularité du concours, « parce que toutes les prescriptions essentielles du statut avaient été observées » ! Et le Conseil d'État consacra cette distinction, en décidant que « les faits allégués ne constituaient *pas une infraction* « aux dispositions de l'article 7 du statut *qui fût de* « *nature* à vicier les opérations auxquelles il avait été « procédé (1). »

(1) Lebon, p. 601.

— Arrêt analogue, *Genevey-Montaz* (26 juillet 1895, *Rec.*, p. 615) : l'article 39 du statut de l'agrégation des Facultés (30 juillet 1887) exige que la question sur laquelle doit porter la leçon à faire par les candidats reste secrète pour les membres du jury comme pour les concurrents eux-mêmes. Or, des numéros avaient été apposés sur les enveloppes à tirer au sort par les candidats et sur le sujet qu'elles contenaient, ce qui permettait aux membres du jury, disait le requérant, de connaître l'énoncé de la question renfermée dans chaque enveloppe.

Le Conseil d'État rejeta la réclamation, parce que « il n'est pas « établi que ce numérotage ait eu pour but de porter atteinte au « secret exigé. » La situation est la même qu'il s'agisse d'une formalité

Disons enfin quelques mots, en passant, de la *qualité* exigée du requérant qui veut faire contrôler par le Conseil d'Etat la régularité des opérations d'un concours, — question accessoire, dont nous n'avons pas parlé dans l'étude de l'aptitude au recours, parce qu'en fait les règlements des concours prévoient presque toujours dans quelles conditions pourront se produire les réclamations (1).

Hors ce cas pourtant, pourrait, d'après une première jurisprudence, discuter la régularité des opérations d'un concours, et par suite celle des nominations qui ont suivi, tout concurrent qui aurait pris part à toutes les épreuves (2). Cette règle est conforme à l'ancienne exigence d'un intérêt direct et personnel; tous ces candidats et eux seuls, en effet, peuvent prétendre que si le concours avait été régulier, ils eussent été présentés en ordre utile.

Mais un arrêt, (*Somnier*, 10 août 1908, *Rec.*, p. 399), rendu à la suite d'un concours pour l'emploi d'adjoint

prévue au règlement et omise, ou d'une pratique non prévue et inaugurée par le jury.

(1) L'article 14 du statut général de l'agrégation des Facultés, qui régit les concours des Facultés, en outre de l'article 42 du décret du 28 décembre 1885, accorde un délai de 10 jours à « tout concurrent qui a pris part à tous les actes du concours », pour se pourvoir devant le Ministre de l'Instruction publique contre ses résultats.

(2) Exemples : *Brault*, 16 novembre 1894 (*Rec.*, p. 595) et conclusions du commissaire du Gouvernement Saint-Paul. *Genevey-Montaz*, 26 juillet 1895 (*Rec.*, p. 615).

stagiaire de commune mixte en Algérie, a élargi cette règle. — Contrairement au règlement, le Gouverneur Général avait augmenté le nombre des admissions à prononcer, ce qui ne nuisait pas, au contraire, à une partie au moins des concurrents, à ceux qui avaient pris part à tous les actes du concours. Fallait-il continuer à dire que ceux-là seuls, dans ce nombre, seraient susceptibles de réclamer qui n'avaient pas été admis en définitive ? C'était méconnaître l'intérêt de tous les autres concurrents. Le Conseil d'Etat reconnut qualité pour agir à un candidat qui, « à raison de la faiblesse de ses compositions, n'avait pas été admis à passer la seconde partie des épreuves. » — L'arrêt n'est pas motivé, mais le commissaire du Gouvernement Chardenet (1) établit ainsi l'intérêt du requérant : Si le Conseil d'Etat prononce l'annulation du concours tout entier, ainsi qu'on le lui demande, il sera ensuite procédé à un nouveau concours auquel le requérant pourra se présenter. S'il n'y a qu'une annulation partielle, le nombre des places pour le prochain concours devient plus élevé, et les chances du requérant à ce nouveau concours augmentent. Il est donc, de toutes façons, irrationnel de ne pas lui reconnaître la qualité d'intéressé ! — Ici comme ailleurs, par conséquent, la notion que le Conseil d'Etat se fait de l'intérêt exigible du requérant évolue dans un sens libéral.

(1) Note au Lebon (*Rec.*, p. 400).

III. — DU DÉTOURNEMENT DE POUVOIR

Le recours pour excès de pouvoir s'ouvre encore en cas de détournement de pouvoir, ou, suivant la formule moins elliptique de M. Jacquelin, en cas de *détournement de la destination du pouvoir* (1). Ceci suppose le fait d'un agent administratif qui, sans sortir de sa compétence, sans omettre aucune forme ni violer de front aucune disposition réglementaire, *use de son pouvoir pour des cas ou des motifs autres que ceux en vue desquels il lui a été conféré*. C'est toujours une violation de la loi ; mais c'est une violation de l'esprit plutôt que de la lettre de la loi : l'agent méconnaît les intentions qu'avait le législateur en lui donnant compétence.

Le détournement de pouvoir doit ouvrir le recours en annulation, — a pensé, depuis longtemps déjà, le Conseil d'État, — parce que tout pouvoir, en dehors des limitations expresses qui peuvent lui être apportées par la loi et les règlements, a une limite naturelle, qui est *le but que lui assigne la fonction dont il émane*. On peut donc dire qu'un fonctionnaire qui dans un de ses actes vise une fin étrangère au but de sa fonction, agit, à proprement parler, en dehors de sa compétence ; il commet un

(1) Jacquelin, *Principes dominants du Contentieux administratif*, p. 251.

excès de pouvoir, qui rend sa décision annulable (1). C'est ainsi que bien avant les tribunaux judiciaires, avant même la doctrine civiliste, la jurisprudence administrative a eu comme la prescience de la théorie civile de l'abus du droit (2).

Pratiquement, à mesure que les compétences se précisent et que l'Administration s'habitue à l'observation des formes, le vice de forme et de l'incompétence perdent de leur importance. La violation de la loi n'a de valeur que par le progrès de la législation. Seul le détournement de pouvoir apparaît comme ayant ce principe intérieur légèrement indéterminé qui annonce une puissance de développement (3). Dans le domaine du recrutement des

(1) Les premiers arrêts datent du Second Empire. Voici les plus connus depuis :

Pâris et Laumonier Carriol, 26 novembre 1875 (*Rec.*, p. 934) — (affaires des fabriques d'allumettes).

Larbaud, 6 décembre 1878 (*Rec.*, p. 558) — (eaux minérales.)

Dehaynin, 29 mars 1878 (*Rec.*, p. 959), Compagnie centrale du Gaz, 19 mars 1880 (*Rec.*, p. 333) — (permissions de voirie.)

Fanfare la Seynoise, 1^{er} juillet 1898 (*Rec.*, p. 498).

Philharmonique de Fumay, 17 mai 1907 (*Rec.*, p. 478).

(2) Il y a, en effet, une certaine correspondance entre les deux théories : comme les pouvoirs des agents administratifs, les droits des particuliers ont pour limite naturelle leur usage abusif : un droit privé exercé par malveillance, par exemple, sans être fondé sur un intérêt légitime, cesse de mériter protection en justice, ce qui revient à dire qu'il cesse d'être un droit, etc.. Dans les deux cas, la légalité de l'acte est appréciée *d'après ses mobiles*.

(3) Cf. sur le développement de cette idée, note d'Hauriou dans Sirey, 1901. 3. 57.

services publics, entre autres, il semble à première vue devoir offrir aux fonctionnaires une magnifique perspective de garantie juridictionnelle ! N'est-ce pas, en effet, par définition détourner son pouvoir de sa destination d'intérêt général que de faire une nomination de faveur ? Et le détournement existe, remarquons le, même lorsque la nomination respecte la lettre de la loi, c'est-à-dire même lorsqu'elle se trouve hors de la portée des autres moyens d'annulation ! Les fonctionnaires tiennent-ils donc l'arme légale qui va leur permettre de se défendre contre le favoritisme de quelque façon que celui-ci se réalise ? Cette perspective, hélas, n'est qu'un mirage ; la réalité n'est pas si belle.

Comprenant, en effet, qu'il s'engageait dans une voie très hardie en acceptant de censurer les motifs des actes administratifs, le Conseil d'État ne s'y est engagé qu'avec une extrême prudence. S'il fait montre de générosité sur le principe, puisqu'il est entendu qu'il annule chaque fois que le détournement du pouvoir est établi, en fait il reprend, sur la question de preuve, presque tout ce qu'il a accordé, en refusant de faire quoi que ce soit chaque fois que ce vice n'est pas constant. Il veut bien *examiner* les motifs des actes administratifs pour en contrôler la légalité ; il refuse de les *rechercher* (1).

(1) Sans doute, il y aurait danger d'abus, — il faut le reconnaître avec M. Duguit, — si tous les moyens de preuve étaient possibles contre le détournement de pouvoir (*L'État et les Gouvernants*, p. 344).

On peut se demander cependant si le Conseil d'État ne fait pas

D'un mot, la preuve du détournement de pouvoir doit *résulter des pièces du dossier* ! — M. Laferrière explique et développe cette idée de la manière que voici : « Le détournement de pouvoir étant caractérisé par l'incorrection du but, des intentions qui ont guidé l'Administrateur plutôt que par des prescriptions ouvertement illégales, il en résulte que la tâche du Conseil d'Etat dans l'appréciation de ce grief est particulièrement délicate. Juge d'administration, il ne peut pas mander à sa barre les agents de l'Administration active pour leur demander compte de leurs décisions ; il ne peut pas non plus organiser d'enquêtes en dehors d'eux pour scruter leurs arrière-pensées et vérifier le mobile de leurs actes... La preuve du détournement de pouvoir doit donc résulter, autant que possible, des documents émanés de l'Administration elle-même et versés par elle au dossier, soit spontanément, soit sur la demande que le Conseil

preuve de scrupules exagérés. Sans doute, le principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire, qu'il invoque, l'oblige à s'interdire d'apprécier si les *motifs de fait* que donne l'Administration justifient bien la décision prise. Mais en quoi ce principe lui interdit-il de rechercher si les motifs prétextés sont les vrais ? Or chaque fois que la décision attaquée est motivée par des raisons de service, le Conseil d'Etat déclare que cela lui suffit ; il ne veut plus rien entendre ! (De Lostende et Trabard, 7 février 1908, *Rec.*, p. 121) ; il pourrait, cependant, sans empiéter sur l'administration active, s'assurer que les motifs réels de la décision sont bien des *motifs administratifs*.

Cf. à l'appui de cette idée : Lemmet, 10 avril 1908 (*Rec.*, p. 421).

De Lostende et Trabard, 7 février 1908 (*Rec.*, p. 121).

a pu en faire en communiquant le pourvoi au ministre compétent. Parmi ces documents, on peut mentionner : les motifs que l'auteur de l'acte a lui même insérés dans sa décision, — la correspondance qui l'a précédée ou suivie, et qui en fait connaître la portée, — les instructions du supérieur hiérarchique d'après lesquelles la décision a été prise, — les explications contenues dans les observations du ministre et dans les rapports des agents intéressés répondant à la communication du pourvoi... (1). » Cela revient à dire qu'il faut que la preuve de l'abus de pouvoir surgisse en quelque sorte d'elle-même du dossier, manifeste et sans réplique ! En réalité, dans la jurisprudence actuelle, seul le détournement de pouvoir *extérieurement apparent* est un cas d'annulation des actes administratifs !

On voit quelles difficultés doit rencontrer un fonctionnaire, dans ces conditions, pour obtenir de ce chef l'annulation d'une nomination inspirée par la faveur. Le dossier ne lui fournit rien, l'agent qui nomme n'ayant pas à donner les motifs de sa préférence ! Aussi l'impossibilité de la preuve a-t-elle écarté jusqu'à présent tous les recours.

Un seul cas de détournement de pouvoir en matière de collation d'emplois publics a été débattu à notre connaissance ; et encore ne s'agissait-il pas à proprement parler d'une nomination, mais d'une décision relative à

(1) Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, II, p. 550.

une formalité préparatoire à une nomination, en l'espèce, à un concours. L'affaire ne fut d'ailleurs pas portée devant le Conseil d'État. — Nous pouvons cependant supposer qu'elle l'ait été ; voici les faits (1) :

Des prêtres s'étaient présentés, en 1904, au concours d'agrégation d'histoire et de géographie. Le Ministre de l'Instruction publique a le pouvoir, (statut du 16 novembre 1874, art. 5), d'arrêter la liste des individus admis à concourir. Il avisa les prêtres candidats qu'ils n'étaient pas admis à prendre part au concours, pour le motif, — et c'est là l'intéressant ; il en avait donné un, — que « leur état ecclésiastique s'opposait à ce qu'ils fussent admis dans le personnel de l'enseignement public, dont le caractère est la laïcité. » — Une question de légalité se posait, en dehors de toute considération politique. A tous les points de vue, le Conseil d'État en eût été bien meilleur juge que le Parlement. C'est pourtant à ce dernier que les intéressés s'adressèrent.

Devant la Chambre, leur porte-parole, l'abbé Gayraud, soutint que le droit des prêtres de participer à l'enseignement public était un droit constitutionnel, puisque tous les citoyens sont également admissibles à tous les emplois publics, — à part les exceptions prévues par la loi, — et que celle-ci, en l'espèce, n'a pas formulé d'incapacité spéciale à l'encontre des ecclésiastiques. Le Ministre ne devait donc

(1) *Journal officiel*. Chambre des Députés. Débats parlementaires, 1^{er} juillet 1904, p. 1788 et s.

V. la note de M. Jèze, dans la *Revue de droit public*, 1904, p. 520.

pas se servir de son pouvoir d'arrêter la liste des candidats admis à concourir pour priver des prêtres d'un droit qu'ils tenaient de la loi !

— « L'agrégation n'est pas un grade, elle est un titre, répondit le Ministre. Le concours d'agrégation ayant pour objet le recrutement du personnel universitaire, le gouvernement doit avoir le droit d'arrêter comme il lui plaît la liste des candidats. Ceux qui se présentent à lui vont devenir ses fonctionnaires ; on ne peut songer à lui imposer de choisir des fonctionnaires dont il ne veut pas. (?) — D'ailleurs, ajoutait-il, je n'étais pas obligé de donner une raison pour exclure ou admettre tel ou tel. Si, dans l'espèce, j'ai donné un motif, — quoique rien ne m'en fit une obligation, car je pouvais rayer purement et simplement les noms de ces candidats, — c'est parce que je n'ai pas voulu que l'exclusion non motivée des six ou sept ecclésiastiques en question pût laisser soupçonner qu'il pût y avoir dans leur dossier quelque cause d'indignité qui les écartât du concours. J'ai donc fait connaître le motif de ma décision, que rien ne m'obligeait à justifier... Je n'ai jamais prétendu, enfin, qu'il existât dans notre pays une loi interdisant aux ecclésiastiques de figurer dans l'enseignement public. Une telle affirmation eût été d'autant moins justifiée qu'il y a encore quelques ecclésiastiques dans l'Université. Mais s'il m'était, par conséquent, impossible de prétendre que la loi empêche les prêtres d'entrer dans l'enseignement public, j'ai le droit de dire, — et tout le monde le reconnaîtra avec moi, — que l'état d'es-

prit qui nous domine tous leur refuse désormais l'accès de cet enseignement. »

La Chambre l'approuva, car elle ne se souciait que du point de vue politique. Mais en droit, le Ministre avait-il raison? Et si les intéressés avaient déféré sa décision d'exclusion ainsi motivée au juge de l'excès de pouvoir, qu'eût dû répondre celui-ci?

Le détournement de pouvoir paraît certain. Si hostile, en effet, que puisse être le sentiment commun, à l'heure actuelle, à l'entrée des prêtres dans l'enseignement public, ce sentiment ne constitue pas une cause d'exclusion légale. Le Ministre n'a pas reçu le pouvoir d'arrêter la liste des individus admis à concourir pour formuler à l'encontre de telle ou telle catégorie de citoyens des incapacités qui ne sont écrites dans aucune loi. Son pouvoir était borné dans l'espèce, à l'appréciation de la moralité des candidats! La déclaration des Droits de l'Homme le dit formellement, au reste : les seuls motifs possibles de préférence entre concurrents aux fonctions publiques sont les « talents et les vertus ». Or les talents, le concours qui s'ouvrait allait précisément servir à en juger. Seule, l'insuffisance de « vertu » subsistait comme cause légale d'exclusion. Le Ministre ne pouvait donc justifier sa décision que par un *motif de fait* relatif à cette appréciation, et non par le *motif de droit* qu'il invoquait, l'état ecclésiastique des candidats. Ce faisant, il avait détourné son pouvoir de sa destination légale.

Mais, comme nous l'avons dit, étant données les réserves

de la jurisprudence actuelle sur la preuve du détournement de pouvoir, l'annulation n'aurait pas été prononcée si celui-ci n'avait pas été « *extérieurement apparent*. »

Si, par exemple, le Ministre n'avait pas donné de motifs à sa décision, le juge de l'excès de pouvoir, faute de pouvoir rechercher s'ils étaient ou non *de nature administrative*, n'aurait pu que les présumer réguliers, ce qui écartait son contrôle. — De même, si le Ministre avait voulu justifier son acte d'exclusion en le couvrant de faux motifs de fait relatifs à la moralité des candidats, dans ce cas là encore le pourvoi aurait été rejeté, puisque le Conseil s'incline dès que la décision est fondée sur des raisons de fait ! — Mais le Ministre avait eu l'imprudence de donner le vrai motif de sa décision : ce n'était pas un motif de nature administrative ; il était contrôlable en droit. Dans l'état actuel de la jurisprudence, alors et dans ce dernier cas seulement, le Conseil d'État aurait annulé ! Médiocre encouragement à la loyauté et à la courtoisie dans les rapports d'administrateurs à administrés !

— Ce qui vient confirmer la solution donnée, c'est la jurisprudence déjà établie en matière de contrôle d'actes disciplinaires (1). Le pouvoir disciplinaire, tout comme le pouvoir d'admission à un concours, est un pouvoir discrétionnaire. Or, voici à quelles conditions le Conseil d'État contrôle la légalité des motifs des mesures disciplinaires :

(1) Cf. Lacourte, *Garanties accordées aux fonctionnaires contre les actes qui les révoquent*, (p. 134 à 150), et M. Jèze, note déjà citée.

Si la mesure disciplinaire n'est pas motivée, — en supposant que la loi ou le règlement n'en ait pas fait une obligation à l'agent qui l'a prise, — la légalité du motif est inattaquable, puisque le juge administratif s'interdit de le rechercher. Le Conseil d'Etat suppose que l'agent a été guidé par des motifs légaux (1)! — Il en est de même si la décision est motivée par une « raison de service », que ce motif soit un prétexte ou non. « Il n'appartient pas au juge administratif, disent les arrêts, d'apprécier les faits qui ont motivé la décision (2). » — Mais s'il résulte des motifs que l'auteur de l'acte a lui-même insérés dans sa décision, — (Grazietti, 31 janvier 1902), ou de la correspondance qui a précédé ou suivi, — (Maugras, 16 novembre 1900), ou des délibérations d'un conseil qui a discuté la mesure à prendre, — (Bourdet, 5 août 1901), que le motif de celle-ci n'est pas un *motif administratif*, alors le Conseil d'Etat en contrôle la légalité, et s'il est illégal, il annule. — C'est ce qu'il aurait fait si l'affaire des prêtres candidats à l'agrégation lui avait été déférée.

(1) Cf. arrêt Advielle, 8 août 1888.

(2) D'Anriac, 5 août 1898.

Vitte, 30 janvier 1903.

Lancien, 5 août 1901.

Léotardi, 14 novembre 1902.

Pelleng, 25 février 1902.

Bailleul, 2 mai 1902.

Bénac, 5 juillet 1907. — Cf. d'autre part, Portebœuf, 9 novembre 1906, et la Ruelle, 27 janvier 1893.

IV. — DE LA VIOLATION DE LA LOI

Voici enfin la source la plus riche en recours.

Nous connaissons déjà l'origine et l'évolution des règles de recevabilité de ce quatrième cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir (1) : c'est la métamorphose de l'ancien « recours contentieux pour violation des droits acquis en vertu de la loi ». Mais l'assimilation qu'on avait faite entre cet ancien recours et le recours pour excès de pouvoir se bornait à la procédure ; les règles de recevabilité restaient distinctes, — solution boiteuse et peu juridique, dont nous avons signalé les défauts (2). Une seconde transformation jurisprudentielle toute récente a débarrassé, nous l'avons vu, le recours en annulation pour violation de la loi de l'exigence irrationnelle de « droits acquis en la personne du requérant », qui en étranglait le débit. Aujourd'hui, l'unification des conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir, dans tous ses cas d'ouverture, est faite. N'y revenons pas, et ne nous occupons plus que du fond.

Une dernière remarque de forme, pourtant : l'expression classique de « violation de la loi » a besoin d'être mise au point. Elle est trop générale pour définir un cas d'illégalité distinct des autres. Tout excès de pouvoir a, en

(1) Cf. au chapitre de l'aptitude au recours, p. 50.

(2) Cf. *idem, supra*, « aptitude au recours », p. 55.

effet, sa base dans une violation de la loi. C'est ainsi qu'une décision annulée pour incompétence suppose évidemment la violation de la loi qui proclame cette compétence ; de même dans le vice de forme, lorsque l'auteur de l'acte n'a pas suivi les formalités légales ; nous de venons de voir, enfin, que dans le détournement de pouvoir, il y a violation non de la lettre mais de l'esprit de la loi : — on ne devrait donc pas, strictement, faire entrer ce terme général dans une classification, puisque son contenu dépasse l'objet dont il s'agit d'exprimer les limites.

M. Laferrière définissait autrefois la violation de la loi « une fausse interprétation de la loi ». En partie, sans doute ! Mais n'est-ce pas faire là une classification limitative qui risque d'être à la fois arbitraire et dangereuse, en ce qu'elle peut faire croire que la liste des chefs d'excès de pouvoir est fixée *ne varietur* ? L'excès de pouvoir est une création toute prétorienne de la jurisprudence. La doctrine doit donc se garder d'en arrêter l'essor en dénombrant d'une façon trop rigide les cas d'ouverture du recours. Il ne faut pas poser de limites à la jurisprudence, mais au contraire laisser libre champ au juge administratif pour le contrôle de la légalité, afin de lui permettre, en présence de situations nouvelles, d'admettre de nouveaux cas de nullité.

En réalité, la définition à donner ici est plutôt négative : la « violation de la loi » reçoit tous les *cas innomés* d'illégalité qui ne rentrent ni dans l'incompétence, ni dans le vice de forme, ni dans le détournement de

pouvoir, — groupe spécial dont on fait le quatrième cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir.

— C'est celui, avons-nous dit, qui donne le meilleur rendement pour la répression des abus dont les fonctionnaires ont à souffrir dans leur avancement. En effet, les formes et les compétences se précisant de jour en jour, il devient de plus en plus difficile de les méconnaître. Pour se réaliser, la faveur est obligée de chercher des voies plus détournées. Nous allons donc trouver ici la meilleure occasion de juger de l'œuvre qu'a entreprise le Conseil d'Etat pour la protection de la fonction publique, et de voir comment par sa fermeté, par son souci d'appliquer aux décisions qu'on lui soumet toute la loi, il est arrivé non seulement à réprimer les irrégularités trop criantes, mais même à extirper des mœurs administratives un certain nombre de pratiques à moitié régulières qui avaient conquis droit de cité.

— La jurisprudence nous présente la violation de la loi sous trois aspects : 1° violation formelle d'une disposition légale ou réglementaire, — c'est le cas de beaucoup le plus fréquent ; 2° méconnaissance des principes généraux du droit public : nous appellerons cela « violation de la loi en général » ; 3° enfin, fraude à la loi. Examinons les exemples les plus caractéristiques de ces trois chefs d'annulation.

I. — *Violation formelle de la loi.* — C'est le cas des arrêts

Alcindor du 1^{er} juin 1906 (1). Ils sont célèbres chez les fonctionnaires par l'accumulation des illégalités qui y sont relevées. — « Ils prouvent, dit M. Jèze, qu'en France, malgré les révolutions, l'esprit des politiciens, de quelque parti qu'ils se réclament, n'est pas respectueux de la légalité. Ils resteront significatifs, aussi, comme manifestation du travail qui s'est fait dans l'opinion des agents subalternes. On y voit de chétifs employés de bureaux entrer en guerre avec un ministre, pour exiger de leurs chefs le respect de la légalité au moyen des armes légales que le droit met à leur disposition ! » A ces titres divers, les arrêts du 1^{er} juin 1906 méritent d'être rapportés.

— Ce furent les promotions ultra rapides à des postes enviés du Ministère de l'Intérieur d'un certain nombre d'individus apparentés à des politiciens influents qui provoquèrent les recours. Pour faire comprendre l'émotion qu'elles suscitèrent dans le monde des rédacteurs, voici, par exemple, le détail de la carrière de l'un d'entre eux, le sieur Chapuis :

La voie normale et la plus difficile pour entrer au Ministère de l'Intérieur est d'y entrer au concours. Celui qui y réussit attend toujours quelques mois avant d'être nommé stagiaire ; pour être titularisé rédacteur, puis monter de classe en classe et d'échelon en échelon jusqu'au grade de sous-chef de bureau, c'est aller vite que de mettre cinq à six ans. — Or le sieur Chapuis y arriva en un mois !

(1) *Rec.*, p. 516. Cf. la note de M. Jèze dans la *Revue de droit public* de 1906, p. 484.

Le 16 décembre 1904, le ministre de l'Intérieur, qui était à ce moment là M. Combes, le nommait d'emblée rédacteur de première classe. — Neuf jours après, le rédacteur Chapuis, bénéficiant d'un avancement enviable, était nommé inspecteur de première classe de l'Assistance Publique dans la Nièvre. — Quatre semaines plus tard, le 20 janvier 1905, la faveur ministérielle continuant à souffler pour lui, le rappelait à Paris, — qu'il n'avait d'ailleurs pas quitté, — pour lui offrir un poste de sous-chef de bureau !

Qu'y avait-il d'irrégulier dans ces nominations et promotions successives ? une dizaine d'illégalités seulement, l'arrêt du Conseil d'État en fait foi :

En premier lieu, Chapuis, auparavant simple employé à l'Administration des Tabacs, ne remplissait pas une de ces fonctions qui dispensent du concours d'admission à l'emploi de rédacteur ; — L'eût-il remplie, que sa nomination n'en eût pas moins été irrégulière, comme n'ayant pas été précédée de l'avis du Conseil des directeurs exigé dans ce cas par le règlement ; — Eût-elle été précédée de cet avis, qu'elle ne résistait pas davantage à la critique, parce qu'elle excédait la proportion dans laquelle le règlement tolère des nominations de rédacteurs non issus du concours (1). — En second lieu, Chapuis, — même à le supposer légalement investi d'un emploi de rédacteur, — ne pouvait, au bout de neuf jours de service en cette qua-

(1) Articles 9 et 11 du décret de 1897.

lité, être nommé inspecteur des Enfants Assistés, attendu qu'un rédacteur, pour cet avancement, doit avoir huit ans de service; — Un jour de service pour lui eût-il pu équivaloir à une année pour le commun des mortels, qu'il n'en était pas moins impossible de le nommer d'emblée inspecteur de première classe, attendu que le règlement exige le début par la quatrième classe (1); — Troisièmement enfin, Chapuis eût-il été régulièrement investi des fonctions de rédacteur ou de celles d'inspecteur de l'Assistance Publique, qu'il ne pouvait pas être nommé sous-chef de bureau au bout de vingt neuf jours de service censément fait à l'un ou à l'autre titre, parce que le règlement exige alors pour le moins cinq ans de service effectif! — En outre, là encore, le ministre n'avait tenu compte ni de la limite du quart des vacances imposée aux nominations au titre de l'extérieur, ni de l'ordre des classes!

A part ces quelques négligences, les trois arrêtés qui avaient concerné le sieur Chapuis dans l'espace d'un mois étaient d'une légalité parfaite, aussi parfaite que leur moralité. L'arrêt qui fut rendu à leur sujet par le Conseil d'État eut heureusement, à l'extérieur, le retentissement qu'il fallait, et auquel n'est point habituée la voix de ce tribunal. Quoique blasée, l'opinion publique fut stupéfaite : elle se doutait vaguement de tout ce qui pouvait se passer ; mais jamais elle n'en avait eu sous les yeux des preuves aussi précises et aussi autorisées. — Des arrêts

(1) Articles 3 et 5 du décret du 8 mars 1887.

comme les arrêts Alcindor ne pouvaient être accueillis qu'avec la plus vive satisfaction par les fonctionnaires.

— Leurs trois autres espèces nous ramènent à des points de vue plus juridiques : ils règlent certaines questions d'une portée générale.

Celle qui se posait dans l'espèce Landrut était celle de savoir quelle est la *situation juridique des attachés de cabinet*. Leurs services sont-ils des services publics, pouvant être pris en considération dans le cas où les règlements admettent à certains emplois des « fonctionnaires des services extérieurs ou d'autres « administrations publiques », — ou, au contraire, sont-ce de simples services privés de secrétaires, qui doivent être tenus en dehors du cadre des fonctions publiques proprement dites ?

— Un arrêté ministériel du 11 janvier 1905 avait nommé un sieur Landrut rédacteur au ministère de l'Intérieur. Pour pouvoir obtenir cet emploi, un décret du 15 juillet 1897 décide qu'il faut : ou bien avoir subi un concours spécial, ou bien avoir rempli certaines fonctions déterminées, soit dans les services extérieurs du ministère, soit dans une autre administration publique.

Or le sieur Landrut ne satisfaisait ni à la première ni à la seconde de ces conditions. Sans doute, le ministre, pour défendre sa décision, fit observer que de 1898 à 1903, ce rédacteur contesté avait exercé les fonctions (?)

(1) Un autre arrêt (Héligon et autres, 13 mars 1908, *Rec.*, p. 267), confirme cette jurisprudence : la bibliothèque d'un ministère, par son caractère permanent, doit être rattachée aux services généraux

d'attaché de cabinet, puis de secrétaire particulier d'un préfet, et qu'à ce double titre il rentrait parmi les fonctionnaires des services extérieurs du ministère. Mais le Conseil d'État se refusa à admettre cette interprétation : « Le sieur Landrut, quand il était attaché de cabinet, n'exerçait, dit-il, aucune fonction soit dans les services extérieurs du ministère, soit dans une autre administration publique ; dès lors, les requérants sont fondés à soutenir qu'en prenant l'arrêté attaqué, le ministre a violé les prescriptions des articles 9 et 11 du décret du 15 juillet 1897. » La situation d'attaché de cabinet n'est donc pas une fonction publique (1).

— L'espèce Trouillot, — qui fait partie du même groupe d'arrêts, élucide une question qui aurait pu prendre une grande importance pratique : celle de *la régularité des permutations* autorisées par certains règlements :

Un agent irrégulièrement nommé à une fonction peut-il régulièrement permuer avec un autre agent qui remplit, quant à lui, les conditions nécessaires pour être nommé à cette fonction ? Ou bien, l'illégalité de la première nomination entraîne-t-elle la nullité de la permutation ? — On voit le danger, en pratique : si la permutation couvre le vice

de l'administration centrale, et, par suite, gérée par un fonctionnaire faisant partie des cadres réguliers de cette administration. Par conséquent, la nomination au poste de bibliothécaire d'un ministère d'un attaché de cabinet est entachée d'excès de pouvoir, parce que le candidat « ne remplit pas les conditions prévues par les textes pour être admis dans l'administration centrale du ministère » (Sirey, 1910. 3. 75).

primitif de la première nomination, la perspective de l'annulation n'est plus un frein pour l'Administration, car celle-ci pourra toujours esquiver la sanction contentieuse de ses irrégularités en facilitant le changement du fonctionnaire indûment introduit dans un service public, au cas où la situation de celui-ci serait menacée par l'introduction d'un pourvoi en annulation ! C'est ce qui s'était passé dans l'espèce.

Le sieur Trouillot avait été d'abord nommé rédacteur au Ministère de l'Intérieur sans être passé par le concours. A vrai dire, le règlement permettait bien de le dispenser de cette épreuve indiscrète, parce qu'il figurait sur la liste du personnel de l'Office Colonial, — mais à la condition, toutefois, que les directeurs du ministère fussent appelés à donner leur avis préalable sur sa candidature (1). Or, pour le sieur Trouillot, le ministre avait jugé cette formalité superflue.

Le fait fut remarqué ; et, sans doute, l'intéressé eût-il des inquiétudes sur la solidité de sa situation, car quelques mois après, un arrêté le nommait sous-préfet à Pont-l'Évêque par permutation avec un sieur Guindey. Heureuse précaution : un pourvoi ne tardait pas, en effet, à être introduit par ses anciens collègues, non pas contre sa nomination de sous-préfet, — il ne les gênait plus, — mais contre la nomination au ministère de son ayant-droit Guindey.

(1) Articles 9 et 11 du décret du 15 juillet 1897.

Trouillot, rédacteur contestable, avait-il pu céder valablement son poste du ministère au sous-préfet Guindey?

Au point de vue de l'intérêt des fonctionnaires de l'Intérieur, il était certain que Guindey, le nouveau venu, avait tous les titres nécessaires pour être nommé rédacteur. Mais, d'un autre côté, si sa nomination était maintenue, le vice de la première nomination Trouillot était couvert; l'illégalité échappait du même coup à la sanction!

Le Conseil d'État vit le danger, et très juridiquement déclara que « le sieur Trouillot n'ayant été légalement « titulaire d'aucun emploi au ministère, il suit de là que « le Ministre n'a pu, par application du § 2 de l'article 11 « du décret du 15 juillet 1897, autoriser une permutation « entre le sieur Guindey et lui. » La permutation était donc nulle. — Mais comme les rédacteurs requérants n'attaquaient et n'avaient qualité pour attaquer que la nomination de Guindey au ministère, et non celle de Trouillot à la sous-préfecture de Pont-l'Évêque, seul le premier fut mis à pied, tandis que le second tirait son épingle du jeu et continuait à pouvoir légalement émarger au budget de l'État. — Ne voilà-t-il pas une situation où le recours des administrés, s'il avait été admis, aurait pu faire meilleure justice?

— Une seconde fois, (arrêt Prunget et autres, 15 février 1907. *Rec.*, p. 157) le Conseil d'État eut l'occasion de contrecarrer une de ces combinaisons ingénieuses auxquelles se prêtaient les permutations :

Le 28 septembre 1905, un arrêté du ministre du Commerce autorisait un sieur Huet, chef de bureau de première classe à son ministère, à permuter avec un sieur Brèque, rédacteur de deuxième classe au Ministère des Finances, — c'est-à-dire que, franchissant d'un bond plusieurs échelons de la hiérarchie, ledit Brèque passait, par-dessus la tête d'innombrables collègues, du grade de rédacteur de deuxième classe au grade de chef de bureau de première classe ! Par quelle générosité inexplicable le chef de bureau Huet consentait-il à déchoir dans la hiérarchie d'autant de degrés que son permutant en gagnait ? Ce mystère n'intrigua pas longtemps ses anciens collègues : le jour même de sa permutation, Huet était nommé par son nouveau ministre percepteur au Havre !

Et voilà l'intérêt de la combinaison : si Huet, chef de bureau au Commerce, avait été directement nommé percepteur au Havre, — ce qui était possible, — sa place au Commerce aurait dû revenir aux fonctionnaires du Commerce, qui auraient ainsi bénéficié d'un mouvement d'avancement général aux différents échelons de la hiérarchie, sous-chefs, rédacteurs principaux, rédacteurs, etc... Mais cela n'intéressait pas le ministre, qui avait un protégé à pousser, Brèque. La permutation permit de donner à celui-ci l'avancement disponible, — et quel avancement, — aux dépens de ceux à qui il aurait dû aller.

Mais les fonctionnaires de Commerce eurent le bon esprit de ne pas se laisser faire : ils s'adressèrent au

Conseil d'Etat, qui mit à jour ce que l'on peut appeler la déloyauté du Ministre à l'égard de son personnel, et qui annula.

En droit, son arrêt est fondé sur une interprétation stricte du règlement qui autorise les permutations entre fonctionnaires de ministères différents. Il faut retenir l'avertissement donné à l'Administration : « Ne peuvent constituer des permutations dans le sens du règlement que des échanges d'emplois équivalents, soit comme grade, soit comme traitement. » Les ministres sauront donc désormais ce qu'ils font s'ils s'avisent, à l'avenir, par de nouveaux changements hérétoclites entre gens que l'on déplace dès le lendemain, de nouveaux escamotages d'avancement sur le dos du vulgaire.

— L'arrêt intervenu dans l'espèce Lacroisade est un acte de fermeté. On y voit que le Conseil d'Etat n'hésite pas à démolir comme un château de cartes toute la carrière d'un fonctionnaire, lorsqu'elle part d'une première nomination illégale.

Pour s'être irrégulièrement introduit, en 1898, dans le cadre des rédacteurs du Ministère de l'Intérieur, le sieur Lacroisade vit annuler en feu de file, en 1906, la série d'arrêtés qui l'avaient promu successivement à à la troisième, à la seconde, à la première classe du grade, puis au poste de chef de bureau! — Décision rigoureuse peut-être, mais d'une logique incontestable, chacune de ces nominations n'étant régulière qu'à condition que la précédente le fût, et la première étant archi nulle! Tout

l'édifice s'écroulait donc, fatalement. — L'expiation peut paraître tardive : rappelons que, normalement, des bouleversements de situation de ce genre ne doivent pas se produire, le court délai du recours prescrivant très vite, en effet, et avec raison, les irrégularités commises. Mais dans l'espèce, le pourvoi avait été exceptionnellement admis en 1906 contre une nomination de 1898, parce que celle-ci n'avait pas été publiée régulièrement. Dès lors, faute de point du départ, le délai du recours n'avait point couru (1).

— C'est également sur une fausse application de la loi que repose le premier arrêt qui ait annulé des nominations illégales depuis que les fonctionnaires se sont vu ouvrir l'accès du recours pour excès de pouvoir : (Savary, 18 mars 1904, *Rec.*, p. 232) (2). Il vise le danger de certaines *assimilations de situations* qui auraient bien vite mené à faire disparaître toute règle, si le Conseil d'État ne s'était pas montré très ferme sur l'application du règlement.

Voici les faits : un décret du 8 mars 1887 énumérait dans son article 3, les fonctionnaires parmi lesquels devaient être choisis « exclusivement » les inspecteurs des Enfants Assistés, et décidait, dans son article 5, que, sauf dans le département de la Seine, les inspecteurs devraient débiter par la quatrième classe, et ne pour-

(1) Nous en avons déjà parlé à propos de la procédure, (point de départ du délai du recours en matière de nominations, p. 73).

(2) Déjà mentionné à propos de la question de recevabilité, dans le chapitre sur l'aptitude au recours, p. 59.

raient être promus à la classe supérieure qu'après deux ans d'exercice dans la classe immédiatement inférieure. Le même décret édictait, d'autre part, des dispositions analogues pour les sous-inspecteurs.

Or, au mépris de ces dispositions, quatre sous-préfets, les sieurs Aubraye, Treille, François et Carré, et un secrétaire général de préfecture, le sieur Viret, avaient été nommés inspecteurs, l'un de quatrième classe et les quatre autres de première, alors que leurs fonctions n'étaient pas comprises dans la liste de celles qui donnent accès à l'inspectorat, et qu'en tous cas, l'entrée dans ce service devait se faire par la quatrième classe. Un autre fonctionnaire, le sieur Huet, plus petit personnage en sa qualité de simple expéditionnaire au Ministère de l'Intérieur, avait été nommé, lui aussi, inspecteur de première classe, en violation de dispositions analogues, mais en deux fois ; on avait cru prudent de lui faire passer quelques mois dans le grade de sous-inspecteur. — Mais la précaution était inutile : sur un pourvoi d'un sous-inspecteur à Lyon, le sieur Savary, le Conseil d'Etat annula, le 18 mars 1904, toute cette série de nominations :

Le Ministre s'étant désintéressé de l'affaire, — car c'était son prédécesseur qui avait pris ces décisions — le requérant ne trouva en face de lui pour les défendre que les fonctionnaires menacés. Voilà l'argumentation ingénieuse qu'ils firent valoir sur la question de fond : sans doute, dirent-ils, le décret de 1887 ne donne pas nommément aux sous-préfets et secrétaires généraux de préfecture

vocation légale aux emplois d'inspecteurs des Enfants Assistés ; mais il donne cette vocation aux chefs de division de préfecture et aux secrétaires en chef de sous-préfecture. Dès lors, n'est-il pas déraisonnable de refuser aux secrétaires généraux de préfecture et aux sous-préfets une aptitude que le règlement reconnaît à leurs subordonnés ? Ne faut-il pas voir dans l'énumération du décret l'indication d'un simple minimum de fonctions, de titres ou de services ; car comment peut-on sérieusement arguer d'illégalité le fait de nommer à un poste où peuvent être appelés des fonctionnaires déterminés, d'autres fonctionnaires placés à un degré supérieur dans la même hiérarchie !

Ce raisonnement, — qui ne pouvait d'ailleurs avoir la prétention de défendre que la nomination des fonctionnaires en cause, et non leur classement, — et qui ne s'appliquait pas, en outre, à l'expéditionnaire Huet, n'eût pas manqué de portée s'il eût été dirigé contre le décret de 1887, au lieu de l'être contre une mesure régie par ce décret. Mais il n'appartenait pas au juge administratif de s'y arrêter, car sa mission consiste à veiller à l'application des textes, sans avoir à en apprécier le mérite logique :

« A moins de changer le sens des mots, fit remarquer M. Teissier au Conseil, ou de supprimer le mot « exclusivement » du texte du décret, il est impossible d'admettre que ce texte n'exclue pas les personnes qui n'y sont point dénommées, les sous-préfets ou secrétaires généraux de préfecture comme tous autres fonctionnaires. Si, comme

voudraient les inspecteurs, on reconnaissait à l'Administration le pouvoir de procéder dans la pratique à des assimilations non prévues par le règlement, toute règle disparaîtrait bien vite, et les décrets resteraient lettre morte. » Au reste, ajouta-t-il, il n'est pas déraisonnable de penser que le décret de 1887 ait pu, en parfaite connaissance de cause, ne pas vouloir comprendre les sous-préfets au nombre des fonctionnaires déclarés aptes, à raison de leurs fonctions, à l'emploi d'inspecteur des Enfants Assistés : « l'auteur du décret a très bien pu vouloir les exclure, dit-il, s'il a tenu à ce que le soin de veiller sur la vie, sur la santé et sur l'éducation des pupilles de la nation fût confiée à *des fonctionnaires ayant fait leurs preuves !* » Cet argument, glissé dans ces conclusions admirables par ailleurs de force et de loyauté, n'est pas dénué d'une certaine ironie. — Après avoir souligné en passant l'avancement « plus que rapide » du sieur Huet, M. Teissier résume la situation en ces mots : « Quelque bonne grâce que nous y mettions, nous n'arrivons pas à maintenir les arrêtés attaqués ; les causes de nullité abondent ! et, tout en déplorant la situation des malheureux fonctionnaires illégalement nommés, nous estimons que tous les arrêtés qui font l'objet du pourvoi doivent être annulés. Vous ne sauriez permettre, conclut-il, que l'on considère comme nuls et non avenus des règlements délibérés en Conseil d'État et revêtus de la signature du Président de la République. Il ne faut pas, d'autre part, que des fonctionnaires, auxquels le législateur ou le chef

de l'État ont assuré des garanties qui ont peut-être déterminé précisément leur entrée dans la carrière administrative, puissent croire qu'il n'y a pas de recours possible contre les actes arbitraires qui les privent de ces garanties. Ce serait jeter le découragement dans tout le personnel ! Ce serait préparer la désorganisation des services publics ! »

Il était impossible que de telles paroles, tombant de cette place, ne fussent pas entendues des fonctionnaires comme du gouvernement, comme de tous ceux qui gardent encore quelque confiance en la force, même contestée, du droit. (1)

(1) Deux autres tentatives d'assimilations de situations furent encore repoussées, en 1908, le même jour : (Alcindor, 27 novembre 1908, *Rec.*, p. 973, et Tilloy contre Loth). — L'une consistait à assimiler aux 5 ans de services dans l'emploi de rédacteur qui sont exigés au Ministère de l'Intérieur des sous-chefs de bureau, un nombre beaucoup plus considérable d'années de service d'un candidat qui avait occupé des fonctions à caractère politique ; — L'autre prétendait considérer comme rédacteur au Ministère des Travaux Publics un dessinateur des cartes et plans à l'École des Ponts et Chaussées, sous prétexte que cet employé avait été détaché de son école pour remplir certaines fonctions à l'Administration centrale du Ministère. Pour les repousser, le Conseil d'État se borna à énoncer le règlement : dans le premier cas, dit-il, « il faut justifier de cinq ans de service dans l'emploi du rédacteur ! » Dans le second, « il faut appartenir aux cadres de l'Administration centrale ! »

— Bien d'autres arrêts ont annulé des nominations de fonctionnaires pour violation formelle d'une disposition réglementaire : autant de décisions d'espèce sans portée générale. — Cf. par exemple : Viret, 22 mars 1907 (*Rec.*, p. 279) : La décision par laquelle le Ministre de l'Intérieur nomme un ancien sous-préfet inspecteur de l'Assistance publique d'emblée à la première classe, est entachée d'excès de pouvoir. Cf. le décret de 1897 cité dans Savary.

Montheuil contre Larnaudie, 12 juillet 1907 (*Rec.*, p. 653) : Les com-

II. *Violation de la loi en général.* — Une décision de nomination peut, sans violer une disposition formelle d'une loi ou d'un règlement, être prise dans des conditions qui ne sont pas conformes à celles que déterminent les principes généraux du droit public. Ainsi, dans ses conclusions sur l'affaire Le Bigot, (17 mai 1907, *Rec.*, p. 460), M. Teissier, examinant le pouvoir de nomination, établit que « les principes les plus certains de notre droit public condamnent tout à la fois l'exercice rétroactif et l'exercice anticipé du pouvoir de nomination » (1).

mis d'asile d'aliénés de la Seine devant être recrutés parmi les expéditionnaires du Service intérieur de la Préfecture, la nomination à ce poste d'un secrétaire de Mairie d'un chef-lieu d'arrondissement doit être annulée.

Association Professionnelle des Employés civils du ministère des Colonies, 11 décembre 1908 (*Rec.*, p. 1017). Un agent d'un service local en Indo-Chine ne peut être considéré comme fonctionnaire d'une administration coloniale au sens du décret du 23 mai 1896; par suite, sa nomination comme rédacteur au Ministère des Colonies est illégale. (Analogie avec Tilloy contre Loth cité plus haut).

Association des Employés de l'Administration centrale des Colonies, 29 juillet 1910, p. 668. Annulation de la nomination au poste de rédacteur d'un individu qui ne remplit pas les conditions exigées par l'article 10 du décret du 23 mai 1896.

Etc... etc...

(1) « Le droit de nomination ne peut être exercé que pour le présent.

« Les divers représentants de la puissance publique, investis du droit de nomination, ne peuvent nommer qu'aux postes vacants au moment même où ils en disposent, sans pouvoir ni modifier les faits antérieurs, ni engager l'avenir.

« Ils ne peuvent, autrement dit, ni reculer dans le passé, les effets d'une nomination actuelle, ni pourvoir par anticipation à des emplois

La pratique des nominations rétroactives est cependant assez répandue dans l'Administration, au dire de M. Jèze (1). Elle n'est pas, d'autre part, formellement prohibée par aucun texte. A quel titre peut-elle fonder un recours pour excès de pouvoir?

Une nomination rétroactive est annulable, a répondu le Conseil d'État : il ne suffit pas qu'un texte ne la prohibe pas pour qu'elle soit permise ; il en faudrait un, au contraire, pour l'autoriser.

Il s'agissait, dans l'affaire Le Bigot, de la fixation de l'ancienneté respective d'aspirants de première classe sortant de l'École navale, et d'élèves-officiers de marine. Par leur nomination comme enseignes avec effet rétroactif, les premiers maîtres élèves-officiers préjudiciaient au rang d'ancienneté acquis aux aspirants. — Le décret qui contient leur promotion est entaché d'illégalité, déclare l'arrêt, « en ce qu'il fait remonter la nomination des sieurs X, Y, Z... à une époque antérieure à sa date. » — Violation des principes généraux, par conséquent, ou violation de la loi en général ; il n'y a pas là de violation d'une disposition légale formelle.

Cette jurisprudence fut confirmée, six mois après, dans Brugnot. (6 décembre 1907, *Rec.*, p. 905) :

qui ne sont pas encore libres de titulaires, en escomptant les décès possibles ou des limites d'âge certaines, et en ajournant à l'époque de ces vacances attendues l'entrée en charge du fonctionnaire nommé » (Lebon, 1907, p. 400).

(1) *Revue de droit public*, 1909, p. 60.

Le 23 janvier 1905, un sieur Soleil avait été nommé expéditionnaire stagiaire au Ministère de l'Instruction publique; il ne pouvait, aux termes du règlement, être titularisé qu'un an après, soit le 23 janvier 1906. Or, un mois avant l'expiration de ce délai, le ministre avait imaginé de rapporter la nomination du 23 janvier 1905, et de nommer Soleil expéditionnaire titulaire à dater du 27 janvier 1905, soit au bout de cinq jours de stage seulement au lieu d'un an, — première illégalité, — et grâce, en outre, à une nomination rétroactive. Sur la plainte d'expéditionnaires et de rédacteurs du Ministère, le Conseil d'État releva séparément les deux illégalités avant d'annuler : « Considérant que le « ministre a violé les prescriptions des articles 12 et 17 du « décret du 26 novembre 1897; qu'en outre, ledit arrêté « est entaché d'irrégularité en ce qu'il fait remonter à une « époque antérieure à sa date l'effet de la nomination du « sieur Soleil », l'arrêté attaqué est annulé (1).

III. *Fraude à la loi.* — Enfin, il faut faire rentrer dans les cas innommés de violation de la loi dont on a fait le quatrième cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir,

(1) Depuis longtemps, d'ailleurs, le Conseil d'État annule des révocations auxquelles leur auteur a voulu faire produire un effet rétroactif :

Exemple : La Ruelle, 27 janvier 1883. « En l'absence de toute disposition législative ou réglementaire l'y autorisant, le ministre n'a pu, sans excès de pouvoir, donner à la révocation du sieur La Ruelle un effet rétroactif. »

Cf. *Idem.* Ferriet, 29 mars 1901, et Grimaux, du même jour. (Annulation de mises à la retraite avec effet rétroactif).

une dernière sorte d'illégalité que l'on peut appeler la fraude à la loi.

La fraude à la loi consiste moins à violer la loi qu'à la tourner. En elles-mêmes, les décisions prises par l'Administration sont régulières ; à les examiner séparément, il n'y aurait rien à y redire, elles sont légales ; mais c'est leur concours qui ne l'est pas. Par un chemin qui n'est pas interdit, on arrive à un résultat défendu. — Il ne manque pas dans l'Administration de moyens de tourner la loi sans en égratigner le texte. Le Conseil d'État en a déjà contrecarré quelques-uns :

Telle était, par exemple, (Thomas et autres, 10 avril 1908, *Rec.*, p. 430), la petite combinaison imaginée en 1906, à Marseille, par le Conseil général et le Préfet des Bouches du Rhône, pour arriver à confier le service des archives départementales à un sieur Fournier, non archiviste, alors que le décret du 4 février 1850, (art. 1^{er}), et la loi du 10 août 1871, (art. 45), réservent ces fonctions aux anciens élèves de l'École des Chartes. Le Conseil général avait formulé le désir qu'il ne soit pas procédé par le préfet au remplacement du précédent archiviste, récemment mis à la retraite ; le préfet, en conséquence, n'avait nommé personne avec le titre d'archiviste du département ; il s'était contenté de déléguer jusqu'à nouvel ordre le sieur Fournier dans les fonctions en question, en lui allouant exactement les mêmes avantages que s'il y eût été nommé avec le titre. — Le stratagème était ingénieux. Malheureusement, le Conseil vit à quoi il tendait ; il y opposa son veto.

Fraude à la loi, encore, que le détour qui avait permis au sieur Groucy, fonctionnaire au Ministère de la Marine, de se faire nommer archiviste du Ministère, malgré le règlement : d'après le décret du 31 janvier 1902, modifié le 14 décembre 1906, peuvent être nommés archivistes au Ministère de la Marine, soit n'importe quelle personne étrangère à l'Administration, sans condition aucune, soit des fonctionnaires du Ministère remplissant certaines conditions de grade et d'ancienneté. Or, Groucy ne remplissait pas ces conditions. — Ne pouvant le nommer au titre de l'avancement, le Ministre le fit démissionner, et vingt jours après, il faisait la nomination au titre discrétionnaire ! — Strictement, les deux actes étaient réguliers ; mais en fait, la volonté de la loi n'en était pas moins méconnue. Le Conseil d'Etat annula la nomination frauduleuse.

Voici son arrêt : « Considérant que le sieur Groucy ne remplissait pas les conditions de grade et d'ancienneté exigées des bibliothécaires archivistes pris dans l'Administration centrale ; que la circonstance que le sieur Groucy avait donné sa démission, le 10 août 1908, n'a pu avoir pour effet de le dispenser des dites conditions, et de lui permettre de bénéficier légalement, à la date du 31 du même mois, des dispositions édictées uniquement en vue des personnes étrangères à l'Administration centrale du Ministère,... » l'arrêté attaqué est annulé pour « fausse application » du règlement. — Nous préférons le terme de « fraude à la loi ».

TROISIÈME SECTION

Résultats du recours

Le recours pour excès de pouvoir, s'il est fondé, ne peut aboutir qu'à l'annulation de la nomination attaquée.

Il n'appartient pas, en effet, au juge de l'excès de pouvoir de prescrire les mesures qui devront être prises par l'Administration comme conséquences de l'irrégularité qu'il vient de reconnaître, — d'ordonner, par exemple, la nomination du candidat qui a droit à être nommé, dans les hypothèses où la loi réserve certains emplois à certains individus (1), — ou l'inscription d'un fonctionnaire sur un tableau d'ancienneté au rang auquel il est établi qu'il peut légitimement prétendre (2).

Il n'appartient pas non plus au juge de l'excès de pouvoir de statuer sur les conclusions à fin de réparations pécuniaires que le requérant joindrait à son recours (3). Ceci est l'affaire du juge du plein contentieux ; nous nous en occuperons plus loin.

L'annulation est *rétroactive*, c'est-à-dire que les effets de l'arrêt remontent jusqu'au jour où a été prise la

(1) Aubry Butot, 10 juin 1910, (*Rec.*, p. 364).

(2) Dauteroche, 25 juin 1909 (*Rec.*, p. 608).

(3) Archevêque de Sens, 29 juin 1883 ;

Viaud, 24 février 1899 (*Rec.*, p. 153), Dalloz 1900. 3. 53 ;

Vilar, 6 août 1909 (*Rec.*, p. 811).

décision annulée. Par conséquent, tout le temps de service accompli ultérieurement par l'individu irrégulièrement investi de la fonction publique doit être tenu pour non avvenu. Il ne peut compter ni pour l'avancement, s'il lui en a été donné antérieurement à la décision du juge administratif, ni pour la retraite.

L'annulation est valable *erga omnes*, — ce qui est bien le signe que le recours pour excès de pouvoir n'est pas un simple recours juridictionnel. La décision du Conseil d'État n'est soumise, par suite, à la règle de l'autorité de la chose jugée que si le pourvoi est rejeté. Un autre intéressé peut alors le reprendre, — ou même le requérant, — s'il le fonde sur de nouveaux moyens, et à condition, bien entendu, que le délai du recours ne soit pas écoulé. Mais si la nomination attaquée est annulée, elle l'est à l'égard de tous. — Tout ceci est l'application de principes généraux incontestés ; il n'y a rien de particulier à signaler à cet égard dans la jurisprudence qui nous occupe.

La seule question qui se soit posée à son sujet est celle de savoir si la reconnaissance de l'excès de pouvoir dans une nomination aboutit toujours à l'annulation de la décision.

Strictement, toute nomination dans laquelle le juge administratif relève une illégalité doit être annulée purement et simplement. Son auteur n'avait pas compétence pour la faire dans les conditions où il l'a faite ; il a excédé son pouvoir : juridiquement son acte est nul ; il est

logique qu'il ne produise aucun effet. C'est la solution adoptée en règle générale.

Deux arrêts récents, (Aubry et Butot, 17 juin 1910) (1) tendraient, cependant, dans certains cas, à introduire une pratique nouvelle. Elle consisterait à n'annuler la nomination illégale que *partiellement*, en en laissant subsister les parties saines. L'innovation est curieuse. Voici dans quelle hypothèse elle s'est produite :

D'ordinaire, les limitations apportées par les lois et les règlements au pouvoir discrétionnaire de nomination ne font que restreindre ce pouvoir sans le faire disparaître tout à fait : des conditions d'aptitude, d'ancienneté, de services spéciaux mises à l'entrée d'une fonction publique, réduisent, sans doute, le nombre des candidats sur qui le choix de l'Administration peut porter ; ce nombre restant le plus souvent considérable, la préférence de l'Administration continue pourtant à s'exercer avec assez d'étendue. — Même au cas de concours, un certain pouvoir d'appréciation quant aux personnes subsiste ! car le ministre, nous le savons, a le droit d'arrêter la liste des candidats admis à concourir, et aussi parce que le nombre des présentés est généralement supérieur au nombre de places à pourvoir, sans que l'autorité qui nomme soit toujours liée par les présentations qui lui sont faites par le

(1) *Rec.*, p. 364. Cf. note de M. Jèze. *Revue de droit public*, 1910, p. 682, « Théorie des actes unilatéraux non opposables à certains individus. »

jury (1). Un certain résidu de pouvoir discrétionnaire semble donc toujours demeurer au fond de la réglementation la plus stricte.

Il y a pourtant des exceptions. Il est des cas où les textes déclarent formellement que certaines nominations *devront* porter nécessairement sur certains individus, nommément désignés par une autorité déterminée et distincte de celle qui nomme, et qu'il devra y être procédé dans un certain ordre, fixé par la loi. Aucune liberté d'appréciation ne subsiste plus alors pour l'agent qui nomme, puisque tout le choix se fait en dehors de lui, et qu'il a l'obligation légale de pourvoir de l'emploi vacant le candidat qui lui est présenté !

Tel est le cas notamment de la loi du 21 mars 1905 (2) : Dans l'intérêt du recrutement des cadres subalternes de l'armée, cette loi réserve expressément certains emplois civils de nos services publics aux anciens sous-officiers rengagés justifiant d'un certain temps de service sous les drapeaux. Une commission administrative dite de classement examine les titres des candidats, s'assure de leur aptitude professionnelle en leur faisant passer un examen, les classe, d'après la date de leur demande, pour tel ou tel emploi, selon leurs préférences et les disponibilités des services, — et l'administration a l'*obligation* formelle de

(1) Cf. *suprà*, « du vice de forme », et la note de M. Jèze. *Revue de droit public*, 1909, p. 683.

(2) Art. 69, § 3 et art. 72 et 73. — Cf. antérieurement : loi du 23 juillet 1897, art. 2 et loi du 28 mars 1889.

les nommer dans l'ordre du classement, au fur et à mesure que des vacances viennent à se produire. — La loi a prévu elle-même le recours, (art. 73) : « Les militaires régulièrement inscrits sur les listes de classement peuvent porter devant le Conseil d'État jugeant au contentieux leurs réclamations contre les décisions des autorités compétentes qui auront nommé des titulaires aux emplois réservés sans tenir compte de leur ordre de classement ou de la proportion exclusivement attribuée aux candidats militaires. » La sanction est l'annulation. — Mais l'annulation peut comporter certaines modalités.

Jusqu'en 1910, le Conseil d'État, s'en tenant à la stricte logique, annulait purement et simplement, en pareil cas, toutes les nominations faites à l'emploi réservé depuis le jour où le requérant aurait dû être nommé. Ces nominations avaient été faites à la place de celle que la loi commandait ; c'était par suite d'une omission illégale que l'autorité, excédant ses pouvoirs, y avait procédé ! Il était donc logique qu'elles ne produisissent aucun effet, puisque leur auteur n'avait pas le droit de les faire. — Telle est la solution adoptée dans l'arrêt Laffaret, entre autres (1).

(1) Laffaret, 24 mai 1901 (*Rec.*, p. 491) : La nomination à un emploi réservé dans les services de l'Institut d'un autre candidat que l'ancien sous officier qui avait été classé premier sur les listes dressées par la commission de classement, est annulée.

— Tixier, 3 août 1906. Annulation de la nomination, — faite au détriment d'un sous-officier classé, — d'un brigadier sédentaire de l'Administration des Eaux et Forêts, au poste d'expéditionnaire dans la même administration.

— Par contre, la loi de 1905 ne donne pas aux sous-officiers

Malheureusement, dans les circonstances spéciales de la loi de 1905, cette sanction de l'excès de pouvoir, quelque juridique qu'elle fût, aboutissait à des injustices. — La réclamation contentieuse du candidat omis ne pouvant être examinée sur l'heure, il arrivait que toute une série d'anciens sous-officiers, bien qu'ayant parfaitement mérité, quant à eux, par leurs services dans l'armée les petits emplois de retraite dont on les avait pourvus, s'en voyaient brusquement et tardivement dépossédés, sans avoir pourtant la moindre part dans l'illégalité qui avait été commise. Aucune analogie n'était possible à cet égard, entre eux et l'intrus qu'on chasse sans regret d'une fonction publique

classés le droit d'exiger d'être nommés dans les régions pour lesquelles ils avaient indiqué une préférence : (Steckl, 13 juin 1910). De même, la loi de 1905 permet à l'Administration de modifier l'organisation des services, du moment qu'elle ne supprime pas les emplois réservés : (Lochard, 24 décembre 1909). Cf. encore : Pourchet, 19 juillet 1910. Huot, 10 avril 1908. Argeuges, 22 juillet 1910. Balliccioni, 22 juillet 1910.

Mais ce fut surtout contre les décisions de la Commission de classement que des pourvois ont été introduits : Berrest, 20 mai 1904 (*Rec.*, p. 405, recours contre le refus de classement d'un sous-officier non rengagé, mais blessé au service. Cf. note de M. Jèze dans la *Revue de droit public*, 1904, p. 405). — Demange, 17 novembre 1905. Egraz, 7 août 1906 (*Rec.*, p. 763). Jouandon, 11 novembre 1910, etc. — Des conclusions du commissaire du gouvernement Saint-Paul, dans l'affaire Berrest, ont précisé ce qui est sujet à recours dans une décision de la Commission de classement : le refus de classement, fondé sur l'appréciation de la capacité ou de la moralité du candidat, échappe au contrôle du Conseil d'État. Seule, la nature du motif est contrôlable. Il y a là une ligne de démarcation assez délicate à préciser entre l'opportunité et la légalité d'une décision. (Berrest, 20 mai 1904, *Rec.*, p. 405, et note déjà citée de M. Jèze).

dans laquelle il s'est glissé par intrigue. Ils endossaient là, de la façon la plus injuste, la responsabilité de la faute de l'Administration ! — N'était-il pas possible d'arranger les choses, en rétablissant à son rang le candidat omis, sans faire tomber pour cela les nominations de ses camarades ? Ceux-ci n'avaient bénéficié, en somme, que d'un tour de faveur ! — Ce fut la solution que M. Léon Blum, commissaire du gouvernement, proposa, en 1910, au Conseil d'État dans les deux affaires que nous avons dites : (Aubry et Butot, 17 juin 1910, *Rec.*, p. 364) (1).

Voici comment on peut raisonner pour la justifier juridiquement.

L'annulation pure et simple des nominations faites à la place de celle que la loi imposait ne correspond pas exactement à l'excès de pouvoir commis. Si on analyse, en effet, la décision par laquelle l'Administration nomme le candidat qui lui est présenté en seconde ligne, alors qu'elle devrait nommer celui qui est en tête du classement, on peut y voir deux expressions de volonté distinctes :

(1) Dans l'affaire Aubry, le préfet de police avait bien nommé des candidats militaires aux emplois réserves de la Préfecture dans lesquels des vacances s'étaient produites ; mais il avait omis volontairement de nommer le candidat qui venait avec le numéro un en tête de la liste de classement.

Dans l'affaire Butot, pour d'autres emplois, il avait, malgré l'existence des candidats militaires, nommé des civils, — alors que la loi spécifie que ceux-ci ne pourront être pris qu'à défaut de ceux-là.

1° Un refus de nommer, à l'égard du candidat classé premier ;

2° Une nomination proprement dite, à l'égard du candidat suivant.

Or, seul, le refus de nommer le candidat classé premier est illégal, car ce que veut la loi, c'est réserver à ce candidat le premier emploi vacant, de préférence à tout autre, et cela seulement ! — Ce refus mis à part, les nominations qui l'accompagnent ou le suivent sont, en elles-mêmes, parfaitement régulières. Il suffira donc, pour réprimer exactement l'excès de pouvoir commis et satisfaire à la loi, de n'annuler ces nominations subséquentes que *relativement* aux droits du candidat injustement omis, c'est-à-dire seulement « en tant qu'elles méconnaissent les droits du requérant d'être nommé à telle date au poste visé » ; ce sont les termes mêmes des arrêts Aubry et Butot. — A part cela, ces nominations subsistent. L'ordre légal est ainsi rétabli sans bouleverser brutalement la situation de tiers non responsables. Ainsi, la sanction de l'excès de pouvoir est plus exacte, plus juste que la disparition absolue de l'acte qui en est entaché. — L'annulation se rapproche heureusement, alors, de la réformation.

CHAPITRE III

RECOURS EN RÉPARATION

(CONTENTIEUX DE PLEINE JURIDICTION)

Quand la puissance publique a fait un acte de pouvoir qui a porté préjudice à un administré, deux questions se posent :

1° Une question *objective* d'équilibre des pouvoirs, qui est réglée, comme nous venons de le voir, dans le contentieux de l'excès de pouvoir ; le juge examine si la puissance publique a violé l'ordre et la limite des pouvoirs, et dans l'affirmative, il annule ;

2° Une question *subjective* d'équilibre des intérêts individuels, qui relève du contentieux de pleine juridiction. Elle a pour objet de rendre indemne de tout préjudice l'individu illicitement ou anormalement lésé par l'exercice du pouvoir.

En fait, cette question se pose-t-elle dans l'hypothèse d'une nomination illégale ? Tout le préjudice qu'une telle décision a pu causer aux intérêts individuels disparaît-il du fait de son annulation, acte purement négatif en lui-même ?

Dans la grande majorité des cas, de simples intérêts étant lésés, la disparition dans le passé comme dans l'avenir des effets de la nomination illégale donne toute satisfaction aux intéressés. L'intrus étant dépossédé du poste qu'il s'était fait illicitement attribuer, l'avancement à ce poste des fonctionnaires du service auquel il était rattaché n'est plus compromis, non plus que les droits des candidats étrangers qui y ont vocation légale. Les intéressés lésés n'en demandent pas et ne peuvent pas en demander plus.

Il est pourtant un cas où l'annulation de la nomination illégale ne constitue pas par elle-même un remède suffisant. C'est lorsque un individu déterminé *avait droit* au poste qui a été régulièrement attribué. — Tel est, par exemple, le cas que nous venons de rencontrer au précédent chapitre, d'un ancien sous-officier rengagé, présenté en première ligne par la Commission de classement à un emploi civil réservé par la loi du 21 mars 1905, et qui a fait annuler la nomination à cet emploi d'un autre candidat. En elle-même, cette annulation ne lui apporte qu'une demi-satisfaction. Il reste à prendre à son égard les *mesures positives* que la légalité commande et qui ressortent des termes mêmes de l'arrêt d'annulation : il reste tout d'abord à le nommer, — et avec effet rétroactif, — c'est-à-dire en faisant remonter les effets de sa nomination jusqu'au jour où elle aurait dû intervenir ; il reste, par suite, à lui allouer les traitements dont il a été injustement privé, à lui accorder

l'avancement dont il aurait bénéficié si cet avancement était réglé à l'ancienneté, etc...

Or, il est de jurisprudence constante que lorsque le Conseil d'État annule pour excès de pouvoir un acte administratif, il ne lui appartient pas de prescrire les mesures qui doivent être la conséquence logique de cette annulation (1). L'objet de ces mesures sort, en effet, du domaine de la légalité objective.

Et pourtant, ce n'est pas à dire que ses arrêts d'annulation ne soient pas assez significatifs sur la suite qu'il convient de leur donner ! Prenons, par exemple, le texte de l'arrêt Aubry, que nous connaissons déjà : « Les nominations, faites à telle date, des sieurs X..., Y... et Z..., à l'emploi d'inspecteur de la police municipale, sont annulées *en tant qu'elles ont méconnu le droit du sieur Aubry d'être nommé à cette date audit emploi, avant les sieurs X...*

(1) Cf. 13 juillet 1877 (*Rec.*, p. 704), Hospices de Gray ;

25 juin 1880 (*Rec.*, p. 594), Chabaud et Bille ;

11 juillet 1890 (*Rec.*, p. 661), Asile de Bassens ;

8 août 1896 (*Rec.*, p. 655), Compagnie des bateaux à vapeur ;

10 mai 1901 (*Rec.*, p. 440), Vessiot, etc...

— Et relativement à des recours de fonctionnaires :

6 juillet 1906 (*Rec.*, p. 628), Nicol : « Le Conseil d'État n'est pas compétent pour prescrire, à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir, la communication au requérant de tout son dossier, par application de l'article 65 de la loi de finances de 1905 »,

« ni une inscription sur un tableau d'avancement », 25 juin 1909 — (*Rec.*, p. 608), Dauteroche,

« ni une indemnité en réparation de préjudice causé », 6 août 1909 — (*Rec.*, p. 811), Vilar.

Y... et Z... (1). » Il est évident que, si elle est de bonne foi, l'Administration doit savoir, après cela, ce qui lui reste à faire pour satisfaire à la légalité ! — Et il faut reconnaître, d'ailleurs, qu'en général, elle le fait : les arrêts du Conseil d'État ont une grande influence de fait ; les ministres en exécutent d'ordinaire les prescriptions (2).

Si pourtant l'Administration ne s'exécutait pas, ou bien si elle soulevait des difficultés sur les conséquences secondaires de l'arrêt d'annulation, — l'intéressé serait-il désarmé ? — C'est alors que s'ouvrirait pour lui une nouvelle voie de recours, le recours de plein contentieux, dans lequel il ne s'agirait plus d'une question objective de légalité, — elle est réglée —, mais de droits subjectifs, droit à une nomination, droit à un rappel de traitement, droit à un rappel d'avancement, etc... dont le requérant pourrait demander la reconnaissance.

C'est ainsi qu'en 1910, — c'est l'unique arrêt que nous puissions citer en matière de recrutement —, le Conseil d'État a fait allouer un rappel de traitement à un ancien

(1) Aubry et Butot, 17 juin 1910 (*Rec.*, p. 451) ;

— Ou bien : « La décision du Ministre des Travaux Publics est annulée en tant qu'elle a méconnu le droit du sieur Warnier d'être nommé à la première classe de son grade, pour prendre rang à compter du 1^{er} juillet 1905 » Warnier, 7 juillet 1905. (*Rec.*, p. 625) ;

Idem encore, d'Ulston de Villerégan, 20 janvier 1905 (*Rec.*, p. 50).

(2) N'y a-t-il pas d'ailleurs, en tête des arrêts, une formule qui doit servir de caution morale aux requérants : « Au nom du peuple français, la République mande et ordonne... aux ministres.... de pourvoir à l'exécution de la présente décision » ? — L'injonction s'applique à l'esprit comme à la lettre de l'arrêt rendu.

sous-officier rengagé, en raison du retard illégal qui avait été apporté à sa nomination à l'emploi réservé de commis expéditionnaire au Ministère d'Agriculture : (Tixier, 17 juin 1910, p. 473). Une décision ministérielle l'avait bien nommé à compter du jour où il aurait dû l'être originairement ; mais le ministre refusait de l'indemniser des traitements dont il avait été frustré. Cette indemnité, ce fut grâce au recours du plein contentieux que l'intéressé put l'obtenir (1).

En matière de révocation et de licenciement, la jurisprudence va même, depuis quelques années, jusqu'à accorder aux fonctionnaires des indemnités pécuniaires qui prennent le caractère de véritables dommages-intérêts (2).

La question ne se pose guère lorsqu'il s'agit d'une nomination illégale, le rétablissement rétroactif de la légalité suffisant par lui-même à réparer tout le préjudice causé ;

(1) L'indemnité due pour ce retard illégal de nomination a été fixée d'après le chiffre des traitements qui auraient été perçus entre l'époque où la nomination aurait dû être faite et celle où elle a eu lieu, diminué des indemnités et hautes payes perçues à la caserne, — le sieur Tixier ayant été maintenu sur les contrôles de l'armée plusieurs années après son classement à un emploi civil, — et des dépenses de nourriture et de logement qu'il eût dû faire pour vivre à Paris pendant les années en cause. En outre, il n'a été tenu compte dans le calcul de l'indemnité ni des gratifications ou allocations pour travaux supplémentaires, allouées d'ordinaire aux commis expéditionnaires, à la fin de chaque année, ni d'augmentations hypothétiques de traitement provenant de promotions de classe, ces promotions ayant lieu, dans l'espèce, toutes au choix.

(2) Elle a été analysée très complètement par M. Lucien Lacourte : (Cf. thèse citée, 1910, p. 154).

Les arrêts, en tous cas, ne l'ont jamais posée. Bornons nous à remarquer qu'il n'y a pas d'obstacle théorique, puisque le principe est admis, à ce qu'il s'applique ici comme ailleurs.

— Au point de vue de sa recevabilité et de ses résultats, le recours en réparation présente deux particularités que nous rappelons, pour mémoire (1) :

Il faut d'abord, pour l'exercer, mettre l'Administration *en demeure* de prendre les mesures qu'il lui appartient de prendre en exécution de l'arrêt d'annulation. Ce ne peut être que contre son refus, — explicite, si elle répond, ou implicite, si elle garde le silence pendant plus de quatre mois — que peut être dirigé le recours. Le Conseil d'État exige *qu'un litige soit né* sur les conséquences positives de son arrêt d'annulation, pour statuer.

D'autre part, l'arrêt qui intervient alors ne donne même pas par lui-même satisfaction définitive au requérant. Le juge administratif n'a pas le pouvoir, en effet, de faire lui-même une nomination, d'ordonner une inscription sur un tableau d'avancement ou d'ancienneté, d'allouer un rappel de traitement. Il se borne à *renvoyer* le requérant devant l'Administration pour que celle-ci prenne à son

(1) Rien de spécial à dire sur la procédure elle-même, sinon que le recours de plein contentieux ne peut être intenté que par le ministère d'un avocat au Conseil d'État ; il y a là une obligation de principe.

Lazare, 3 juillet 1885 ;

Corréard, 12 février 1904, (*Rec.*, p. 109).

égard les mesures positives auxquelles il a droit, et que l'arrêt spécifie. — Deux arrêts rendus en matière de mesures disciplinaires serviront d'illustration à ces deux règles : (arrêts Viaud) : dans un premier pourvoi, le sieur Viaud dit Pierre Loti demandait, en même temps que l'annulation de sa mise à la retraite irrégulière, sa réintégration dans le cadre des lieutenants de vaisseau et le paiement du rappel de solde qui lui était dû en vertu de cette réintégration. — Après avoir prononcé l'annulation demandée, le Conseil d'État déclara qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur le surplus des conclusions du requérant, « *en l'absence de litige sur les mesures à prendre en exécution de la décision d'annulation* » (1). Or, le litige naquit. Le lieutenant Viaud fut bien réintégré ; mais il fut promu au grade de capitaine de frégate à dater seulement du 1^{er} mai 1899, jour où se produisit dans les cadres la première vacance postérieure à la réintégration, — tandis que sa promotion eut dû remonter à une date bien antérieure, si la mise à la retraite annulée n'était point intervenue. Il forma donc un nouveau recours, dirigé, celui-ci, contre le décret contenant sa promotion. Voici les termes de l'arrêt qui intervint sur ce second pourvoi : « Considérant que cet officier doit être regardé comme n'ayant jamais cessé de faire partie du cadre des lieutenants de vaisseau en activité ; qu'en conséquence, il est en droit de soutenir que son ancienneté dans le grade de capitaine de

(1) 24 février 1899 (*Rec.*, p. 153), D. 1900. 3. 53 ; S. 1899. 3. 105.

frégate doit compter du jour où il eût été régulièrement promu si la décision annulée n'avait jamais existé », — le Conseil d'État prononça l'annulation du décret attaqué, et « renvoya » le sieur Viaud devant le Ministre de la Marine « pour qu'il fût réinscrit sur la liste d'ancienneté de capitaine de frégate à telle date, et classé immédiatement avant tel officier (1). »

(1) 30 novembre 1900 (*Rec.*, p. 681), D. 1902. 3. 7 ; S. 1903. 3. 23

CHAPITRE IV

RECOURS DES ASSOCIATIONS DE FONCTIONNAIRES

Voici enfin la dernière étape franchie par la jurisprudence du Conseil d'État dans son entreprise de protection de la fonction publique :

Les principaux éléments d'un bon système de contrôle juridictionnel sont acquis : la qualité pour agir est reconnue à un cercle de plus en plus large d'intéressés ; la notion de l'excès de pouvoir s'est précisée, développée ; elle atteint même, désormais, certaines pratiques apparemment régulières en usage dans l'Administration pour tourner la loi sinon dans sa lettre, du moins dans son esprit ; nous venons de voir, enfin, l'application faite aux fonctionnaires ou aux candidats fonctionnaires du recours de plein contentieux, capable de leur assurer la réparation intégrale du préjudice que peut leur causer une nomination illégale ; — il ne reste plus qu'une pièce à ajouter à la construction pour qu'elle soit achevée : l'admission du recours corporatif.

De 1903 à 1908, la jurisprudence reconnut, sans doute,

graduellement, *qualité pour agir* à un nombre de plus en plus étendu d'intéressés; elle admettait bien, même, la pluralité de recours contre une seule et même nomination (1). Mais il fallait toujours que chaque pourvoi portât la marque d'intérêts personnels et la signature d'individualités!

Cette nécessité d'une initiative individuelle faisait obstacle à ce que le contrôle de la régularité du recrutement et de l'avancement, dans chaque service public, fût aussi fréquent qu'il l'eût fallu pour la répression efficace des abus. — En matière de mesures disciplinaires, encore, cette exigence n'empêchait pas les réclamations de se produire! L'individu atteint par une révocation ou un déplacement illégal est lésé directement, personnellement; il n'a qu'à gagner à introduire un recours pour excès de pouvoir contre l'acte qui le dépossède! Mais en matière de recrutement, le fonctionnaire qui voit ses chances d'avancement compromises par une nomination de faveur n'est pas touché aussi directement; personnellement il n'y perd qu'un profit éventuel; aussi peut-il très sérieusement hésiter à entrer pour cela en conflit avec son ministre; il peut craindre des représailles, être arrêté par le souci de sa carrière, ou par une pression extérieure...; même résolu à se défendre, le fonctionnaire

(1) Exemple dans les arrêts Alcindor, (1^{er} juin 1906), l'espèce Chapuis, entre autres, dans laquelle vingt-cinq rédacteurs du Ministère de l'Intérieur attaquaient à la fois l'avancement irrégulier accordé à un de leurs collègues.

isolé, plus encore que l'ouvrier en présence de la force patronale, se sent faible en face de cette grande organisation administrative, si puissamment armée, et derrière laquelle il devine la coalition redoutable d'intérêts particuliers qui en profitent.

Depuis longtemps déjà, à cette force, les fonctionnaires avaient songé à opposer, pour rétablir l'équilibre, la force nouvelle de l'association : dès avant la loi de 1901, nombre de groupements s'étaient formés parmi les agents de l'État (1). Mais ce ne fut vraiment qu'à dater de cette loi que le mouvement associationniste s'est développé : du 1^{er} juillet 1901 au 1^{er} décembre 1907, on relève au *Journal officiel* 515 déclarations, et la progression a encore augmenté depuis !

Il restait au Conseil d'État à permettre à ces associations, représentants naturels de l'intérêt général du groupe, directement lésé chaque fois que le statut de la fonction est méconnu, — de signaler elles-mêmes au juge administratif les abus qui se commettent, et d'en poursuivre en leur nom propre la répression.

Il fallait admettre leurs recours, parce que l'Association a sur le fonctionnaire isolé l'avantage d'avoir à la fois plus de ressources et plus d'expérience, moins de timidité

(1) Sur tout ce qui concerne l'historique du mouvement associationniste chez les fonctionnaires, V. G. Cahen, *Les Fonctionnaires*, 1910.

dans l'initiative, et aussi parce que son action a des chances d'avoir une meilleure qualité morale que celle des individus (1). En droit, enfin, cette innovation s'imposait comme l'aboutissant logique de la jurisprudence inaugurée en 1903 sur *l'aptitude au recours* (2) :

— Nous avons vu, en effet, qu'après n'avoir, à l'origine, reconnu qualité pour poursuivre l'annulation d'une nomination qu'à ceux qui y avaient vocation légale, le Conseil d'État avait peu à peu octroyé cette qualité, d'abord à tous les inférieurs du fonctionnaire visé, en raison de leur intérêt personnel, plus lointain, — puis à ses supérieurs, toujours en raison d'un intérêt personnel, plus indirect encore, — jusqu'au moment où il admit la recevabilité *de tous les fonctionnaires d'un service à attaquer toute nomination faite dans ce service* ! Or de quelle sorte d'intérêt pouvait-il être question dans ce dernier état de droit, sinon d'un intérêt corporatif, et non plus strictement personnel, — fondé sur cette idée que le « *status* » de la fonction constitue le droit, la charte de la corporation, que tous ses membres ont intérêt à défendre ? — Du jour donc où le juge administratif accepta de protéger l'intérêt corporatif alors qu'il est représenté par les individus, il devait logiquement être amené à le défendre quand il est représenté par son véritable titulaire, le groupe, premier intéressé.

(1) « La haine pour les favoris n'est souvent que l'amour de la faveur ». (La Rochefoucauld).

(2) Cf *suprà*, le chapitre qui lui est consacré.

— Seulement, le Conseil d'Etat n'y vint pas tout de suite : Le premier recours qui ait été formé par une association de fonctionnaires, — à l'occasion d'une nomination illégale, précisément —, fut introduit en 1907 : (Prunget, 15 février 1907, *Rec.*, p. 157). Mais la requête était présentée en même temps par des membres de cette association agissant individuellement ; le Conseil d'Etat en profita pour ne pas statuer sur la question nouvelle qui lui était posée (1). — Six mois après, puis un an après, nouveaux pourvois, dans les mêmes conditions ; — nouvel ajournement. (Brugnot, 6 décembre 1907, *Rec.*, p. 906 — Héligon, 13 mars 1908, *Rec.*, p. 267. — Il est à remarquer, pourtant, que M. Teissier, commissaire du Gouvernement, n'avait pas hésité à affirmer la recevabilité de l'association, (Prunget). — Un jour devait arriver où une association se présenterait seule, et où il faudrait résoudre une fois pour toutes la question de sa recevabilité. Le fait se présenta le 11 novembre 1908 (2) :

L'association professionnelle des employés civils du Ministère des Colonies déférait au Conseil d'Etat, en son propre nom, un arrêté du Ministre des Colonies qui avait nommé un rédacteur à l'Administration centrale. Le

(1) « Considérant que la requête a été présentée, tant au nom de « l'Association.... que des sieurs Prunget et autres ; que dès lors, « sans qu'il y ait lieu d'examiner si l'Association dont il s'agit est « recevable, il y a lieu de statuer au fond, etc..... »

(2) Cf. note Hauriou dans S. 1909. 3. 17, et Jèze, *Revue du Droit public*, 1909, p. 61.

pourvoi posait trois questions : 1° L'association était-elle légale? 2° Si oui, était-elle recevable à attaquer une nomination? 3° Enfin, en l'espèce, était-elle fondée?

L'arrêt ne donne de réponse motivée qu'à cette dernière question de fond. Les deux autres, légalité et recevabilité, sont résolues implicitement; — on peut regretter la prudence qui pousse parfois le Conseil d'Etat à ne pas statuer explicitement lorsqu'un problème nouveau lui est soumis. — Heureusement, M. Tardieu, commissaire du Gouvernement, s'était chargé de motiver l'arrêt, à sa place : on peut attribuer à ses conclusions la valeur d'une doctrine officieuse, car ce fut sur les principes qu'elles ont posés que se fondèrent, depuis, tous les arrêts ultérieurs (1). La recevabilité des associations de fonctionnaires est aujourd'hui chose acquise. Examinons à notre tour les deux problèmes qu'elle soulevait :

(1) 11 juin 1909, Association des médecins des asiles publics d'aliénés (*Rec.*, p. 575);

10 décembre 1909, Association des fonctionnaires civils de la Marine (*Rec.*, p. 973);

4 mars 1910, Association des membres de l'Administration des Contributions directes (*Rec.* p. 252);

13 mai 1910, Union générale des Contributions indirectes (*Rec.*, p. 398);

29 juillet 1910, Association des employés du Ministère des Colonies (*Rec.*, p. 668);

6 août 1910, Association professionnelle des fonctionnaires du Ministère de l'Instruction publique (*Rec.*, p. 749);

17 février 1911, Association professionnelle des employés de la Caisse des Dépôts et Consignations (*Rec.*, p. 200), etc., etc...

*Première question**Les associations professionnelles de fonctionnaires
sont-elles légales ?*

L'affirmative a été, dès l'apparition de la loi du 4^r juillet 1904, la thèse du Gouvernement. Elle est certaine, aujourd'hui, en jurisprudence. Il n'y a plus que dans certaines parties de la doctrine qu'elle rencontre encore quelque résistance, pour des raisons de fait et de droit :

En droit, la difficulté peut venir de ce que si, en l'absence d'une loi accordant expressément aux fonctionnaires le droit de s'associer, nous avons une loi générale, celle de 1904, qui pose le principe de la liberté d'association, son article final spécifie « *qu'il n'est en rien dérogé aux lois spéciales relatives aux syndicats professionnels, aux sociétés de secours mutuels, etc...* » — Or, la loi du 21 mars 1884, sur les syndicats, — (expression qui désignait alors, sans aucun doute, l'association professionnelle en général) (1) —, établit un droit limitatif dont sont exclus les fonctionnaires ! L'interprétation constante de cette loi, depuis la date de sa promulgation jusqu'à la loi de 1904, a été que les fonctionnaires n'avaient pas le droit de s'associer dans un intérêt professionnel ! (2) ; de telle sorte

(1) M. Berthélemy, *Traité de droit administratif*, p. 458, note 2.

(2) Cf. Cassation : arrêt du 27 juin 1883, et déclaration de M. Rouvier à la Chambre, le 7 décembre 1903. — Ce droit limitatif ne s'appli-

qu'on se trouve en présence de deux régimes différents paraissant s'appliquer à la même catégorie d'individus : l'hésitation était permise, avant de se décider à abandonner le régime de la loi de 1884 ! C'est ainsi que certains auteurs, dont M. Berthélemy, purent penser que puisque la loi générale spécifiait ne pas vouloir déroger à la loi spéciale, c'était l'interdiction de celle-ci qui subsistait, et non le régime nouveau de celle-là qui s'instaurait à l'égard des fonctionnaires (1).

Mais une autre interprétation s'imposa, qui s'en tint à la lettre même du texte : la loi de 1884 interdit aux fonctionnaires de se syndiquer, dit-on ; cette interdiction sera maintenue. La loi de 1901 pose le principe général de la liberté d'association ; ce nouveau régime sera appliqué aux fonctionnaires comme aux autres citoyens : ils pourront s'associer sans pouvoir se syndiquer.

Cette distinction entre le syndicat interdit et l'associa-

quait pas, d'ailleurs, aux ouvriers proprement dits de l'État, (allumetiers, ouvriers des poudres et salpêtres). Le Gouvernement et la Cour de cassation, en 1885, l'avaient pensé, tout d'abord, mais un ordre du jour de la Chambre, du 22 mai 1894, qui renversa le ministère Jonart, leur reconnut le droit syndical.

— Avant la loi de 84, les articles 126 et suivants du Code pénal punissaient les coalitions entre fonctionnaires, — textes inapplicables du reste, les seules velléités d'association chez les agents de l'État ayant visé la constitution de sociétés de secours mutuels, qui avaient été tolérées. — Le délit de coalition fut abrogé en 1864.

(1) Cf. Berthélemy, p. 58, note 2, *Traité de droit administratif*.

« Qui oserait dire, dit il, qu'une société de secours mutuels n'a qu'à s'appeler association pour se soustraire à la loi du 1^{er} avril 1898 ? »...

tion permise fut émise presque tout de suite par le Gouvernement, dont elle favorisait les vues politiques (1). Successivement, la doctrine civiliste (2), la jurisprudence civile (3), et enfin la jurisprudence administrative (4) l'adoptèrent ; elle est certaine en droit, le syndicat et l'association constituant, nul ne le conteste, deux modes de groupement à caractères juridiques distincts, — mais en fait, a-t-elle de l'importance ? L'affirmative, sur ce point, paraît beaucoup moins assurée : — Ce qui importe, en effet, aux fonctionnaires, c'est d'avoir la possibilité légale de se grouper, avec des moyens d'action suffisants pour

(1) Cf. 1^o Circulaires des 12 et 31 janvier 1903 sur les syndicats de cantonniers. — Elles avaient été concertées entre MM. Maruéjols, Combes et Vallé,

2^o Circulaire de M. Briand (6 août 1906) sur les Associations d'instituteurs,

3^o Note du Ministre du commerce (du 7 septembre 1905) refusant aux sous-agents des Postes le droit de se constituer en syndicat.

— Cf. d'autre part, les déclarations faites à la Chambre, le 7 décembre 1905, par MM. Rouvier, Dubief et Bienvenu-Martin à propos d'associations syndicales d'instituteurs ; —

4^o Déclaration de M. Briand à la Chambre (7 avril 1906), sur interpellation de M. Séblin, à propos de syndicats d'instituteurs. Voir aussi celle de M. Poincaré à la même séance.

(2) Cf. Wahl-Pichat (contrat d'associations n^{os} 18 et 52). M. Fernand Faure, dans la *Revue politique et parlementaire*, a mené campagne contre les syndicats des fonctionnaires (1907, II, p. 243).

(3) Tribunal correctionnel de la Seine, 8 juillet 1903, confirmé par la Cour de Paris, (*Bulletin de l'Office du travail*, 1903, p. 741), sur le syndicat des égoutiers.

(4) Conclusions de M. Tessier : Prunget, 15 février 1907, (*Rec.*, p. 157.)

Conclusions de M. Tardieu : 11 décembre 1908 (déjà cité).

la défense de leurs intérêts professionnels. Que leurs groupements prennent la forme syndicale ou la forme associationniste, peu importe ! les avantages de l'une et de l'autre sont sensiblement les mêmes, le gouvernement a pris soin de le leur dire à plusieurs reprises (1). On comprend assez mal alors pourquoi il a tenu à leur interdire la première, tandis qu'il leur permettait la seconde.

Sans doute, tout le monde ne pense pas que cette distinction soit négligeable : les pouvoirs publics et les Tribunaux, d'un côté, et de l'autre, ceux d'entre les fonctionnaires qui professent des idées syndicalistes, semblent, les uns redouter, les autres souhaiter vivement la liberté syndicale pour les agents des services publics, parce que le droit syndical leur paraît devoir entraîner à sa suite le droit de grève ! (2) — Mais la grève est un fait qui peut sortir aussi bien de l'association que du syndicat ! Ce ne sont pas les différences infimes de capacité existant entre ces deux modes de groupement qui y peuvent quelque chose : c'est la puissance des liens internes établis entre les membres du groupe qui rend le fait de grève possible ! — Le 17 décembre 1909, le Ministre de la Justice a reconnu formellement la légalité des fédérations d'associations de fonctionnaires ; et il paraît bien, en effet, qu'il n'y ait pas d'autre interprétation possible à donner à la loi de 1901 : des fédérations d'associations pourront aussi bien préparer

(1) Cf. déclarations citées plus haut.

(2) Aussi Hauriou, S. 1909. 3. 17, col. 2 et 3.

une grève de fonctionnaires que ne le feraient des unions de syndicats !

Nes'est-on pas, dans ce débat, laissé tromper par les mots ? Quand un groupe se constitue entre salariés quelconques pour l'étude et la défense des intérêts professionnels, c'est un syndicat ; il se comportera comme un syndicat.

Le seul fait qu'il importe donc de retenir, c'est que les fonctionnaires ont reçu, depuis la loi de 1901, la liberté de s'associer, tandis qu'auparavant, on la leur refusait. Peu importe, à part cela, que l'on continue à leur dénier la liberté de se syndiquer.

Cette idée n'a pas échappé à certains auteurs ; c'est elle qui a suscité leur résistance. — D'un côté comme de l'autre, du reste, ce fut la question d'opportunité qui a déterminé les solutions : en doctrine, tous les auteurs qui se sont opposés à la légalité des associations de fonctionnaires ont invoqué surtout le danger d'anarchie administrative (1) ; — et par contre, tous ceux qui s'en sont montrés partisans ont fait valoir principalement la nécessité de faire une place à ces associations dans notre organisation administrative ; à leurs yeux, le danger qu'on leur signale est illusoire : avec de la bonne foi de la part du gouvernement, les groupe-

(1) Ainsi : M. Larnaude, (*Revue pénitentière*, 1906, p. 830 ;)

M. Berthélemy, (*Revue de Paris*, 1906, t. I, p. 883 ;)

M. Fernand Faure (déjà cité.)

Voir aussi les opinions de MM. :

Rolland, (*Revue de droit public*, 1907, p. 259 ;)

Demartial, (*Revue de droit public*, 1907, p. 5 ;)

Pichat, (*Contrat d'association*, pp. 64 et 65 et p. 102).

ments de fonctionnaires doivent devenir tout naturellement les collaborateurs des pouvoirs publics, au lieu de continuer à entretenir l'hostilité et la méfiance entre le personnel et les chefs hiérarchiques : « L'association de fonctionnaires est la condition même d'une bonne gestion des services publics » dit M. Duguit (1). Il faut lui permettre, ajoute M. Hauriou, « de neutraliser l'action des politiciens, de seconder la hiérarchie dans sa résistance, d'amener une transformation désirable dans l'administration dans le sens d'une certaine décentralisation (2).... »

Ce furent pareillement des raisons d'opportunité qui ont inspiré le Conseil d'État dans son arrêt de 1908. S'il reconnut la légalité des associations de fonctionnaires, ce fut surtout parce qu'il estima qu'il n'avait pas à les redouter plus que le gouvernement ne faisait lui-même. — C'est du moins ce qu'il faut induire des conclusions de M. Tardieu, dont la majeure partie est consacrée à un historique de l'attitude du gouvernement, à cet égard, depuis 1884. Après avoir cité les circulaires aux fonctionnaires, les déclarations aux Chambres, le projet de la loi déposé par le Ministère Clémenceau, etc., « tant de déclarations « concordantes, conclut-il, déclarations faites par des

(1) Duguit : Conférences à l'Ecole des Hautes études sociales, 1908. *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat* (Paris, 1908, p. 145 et 148).

Cf. aussi : Bonnard, *Revue de droit public*, 1907, p. 481 ;
Moreau, *Droit administratif*, 1909, p. 131.

(2) Hauriou, Sirey, 1909, III, p. 17.

« ministres appartenant à toutes les nuances de l'opinion
« républicaine, constituent une véritable *doctrine gouver-*
« *nementale*. Cette doctrine nous paraît, à nous, absolu-
« ment fondée. Il ne nous semble donc pas possible de con-
« tester la légalité de l'association requérante, constituée
« conformément aux prescriptions de la loi du 1^{er} juil-
« let 1901, et cela avec l'assentiment du ministre, puisque
« elle a son siège social au Ministère même ! » — Le juge
administratif ratifia donc la doctrine gouvernementale. —
On ne peut pas lui en faire un grief : la discussion des textes
laissant la question de droit en suspens, il était naturel
qu'il s'en référât, pour l'appréciation de l'opportunité, au
pouvoir politique, seul responsable à ce point de vue.

Deuxième question

Capacité contentieuse des associations de fonctionnaires

Aux termes de l'article 6 de la loi du 1^{er} juillet 1901,
toute association déclarée a le droit d'ester en justice. —
Mais quelles seront les actions dont pourra disposer une
association de fonctionnaires pour défendre les intérêts pro-
fessionnels de ses membres, et particulièrement en matière
de recrutement et d'avancement ?

La jurisprudence, lorsque la question se posa en 1908,
avait déjà eu à répondre à une question connexe qui cons-
tituait un précédent : déjà, à propos de non fonctionnaires,

s'était posé devant le Conseil d'État le problème de la capacité des associations professionnelles sous le rapport des actions en justice. (1) D'une façon générale, capacité leur avait été reconnue de défendre les *intérêts collectifs* de leurs membres, par opposition avec leurs *intérêts personnels*, (2) — lorsque, en 1906, (28 décembre 1906. *Rec.* p. 978. Syndicat

(1) Le premier arrêt, d'avant la loi de 1901, est du 25 mars 1887 : Syndicat des propriétaires de bains (*Rec.*, p. 253). — Cf. les conclusions du commissaire du Gouvernement Valabrègue.

Parmi les arrêts plus récents, cf. entre autres :

29 juin 1900, *Syndicat agricole d'Herblay* (*Rec.*, p. 441).

2 février 1906, *Chambre syndicale des propriétaires de bains* (*Rec.*, p. 91), relatif à l'installation de bains-douches gratuits par la Ville de Paris.

9 février 1906, *Syndicat des chirurgiens de France* (*Rec.*, p. 117), relatif à la collation du diplôme de dentiste à un individu qui ne remplissait pas les conditions exigées, — hypothèse très voisine, par conséquent, de celle d'un recours d'une association professionnelle de fonctionnaires contre une nomination illégale.

21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires du quartier de Croix Seguy Tivoli, à Bordeaux*, (*Rec.*, p. 962), relatif à un service de tramways non exécuté.

28 décembre 1906, *Syndicat des patrons coiffeurs de Limoges* (*Rec.*, p. 977, Dalloz, 1907. 3. 13; Sirey, 1907. 3. 49), relatif à une question de repos hebdomadaire, etc.

(2) La même question de capacité des syndicats professionnels s'est posée, naturellement, devant les tribunaux judiciaires :

A consulter surtout : *Cassation civ.*, 1^{er} février 1893, *Chambre syndicale des ouvriers tisseurs de Chauffailles* (D. 1893. 1. 241; S. 1893. 1. 1329).

Cour d'appel d'Amiens, 13 mars 1895 (D. 1895. 2. 553 et la note de M. Planiol).

— La jurisprudence judiciaire reconnaît que, lorsqu'un groupement est constitué en vue d'un certain objet, l'intérêt individuel de chacun

des patrons coiffeurs de Limoges), M. Romieu, commissaire du Gouvernement, trouva l'occasion de préciser les limites de leur domaine d'action (1).

Il faut distinguer soigneusement, dit-il, entre *l'action syndicale* et *l'action individuelle* :

« L'action syndicale est celle que le syndicat, — nous
« dirons ici l'association, — exerce en son nom propre,
« comme personne civile chargée de la défense des intérêts
« collectifs dont il a la garde, et tendant soit à l'annu-
« lation d'un acte qui lèse ses intérêts, soit à une
« condamnation pécuniaire en raison du préjudice collectif
« qu'ils ont souffert. »

Le syndicat l'exerce sans avoir à envisager les avantages qui pourront en résulter implicitement pour ses membres pris isolément, et « sans qu'il ait à faire connaître les noms des bénéficiaires indirects ou éventuels. »

Pour qu'une association puisse intenter une action syndicale, il faut donc qu'il s'agisse d'un *intérêt professionnel collectif*, et que les conclusions du pourvoi ne contiennent rien qui ait un caractère purement individuel.

Au contraire, l'action individuelle « tend à obtenir un

de ses membres est, dans la limite de cet objet, *toujours accompagné de l'intérêt collectif* du groupe :

Cassation, 5 janvier 1897 (S. 97. 4. 212).

Aix, 26 janvier 1906 (S. 1906. 2. 295).

(1) Elle a été traitée aussi, en doctrine, par M. Larnauze : De la recevabilité en justice des actions intentées par les Syndicats professionnels. (rapport présenté, le 21 février 1911, à l'Assemblée générale du Syndicat professionnel de la viticulture française.)

avantage déterminé, un bénéfice quelconque, une réparation en argent ou autrement, *au profit d'un membre nominativement désigné* ». Elle ne peut être exercée d'office par le syndicat, agissant en son propre nom, mais seulement par l'individu intéressé, agissant lui-même ou par mandataire ; — ceci est l'application du principe que nul ne peut intenter d'action pour une autre personne, qu'au nom de cette personne et comme son mandataire, principe qui n'est lui-même que la formule étendue de la vieille maxime : « Nul, en France, ne plaide par procureur. »

Par contre, rien ne s'oppose à ce que l'individu intéressé, qu'il soit ou non membre du syndicat, choisisse celui-ci *comme mandataire* pour exercer son action individuelle. Dans ce cas, le syndicat ne sera que son porte parole ; il faudra non seulement qu'il indique d'une manière précise la personne au nom de laquelle il plaide, mais qu'il justifie, comme tout mandataire, de son mandat.

Les deux actions, syndicale et individuelle, pourront être exercées simultanément ; mais elles devront rester parallèles, sans se confondre juridiquement.

— Il n'y avait qu'à appliquer ces principes si rationnels au recours des associations de fonctionnaires, le jour où il en fut présenté. C'est ce que firent à un point de vue général, M. Teissier (1) et M. Tardieu (2).

(1) Prunet, 15 février 1907 (*Rec.*, p. 157).

(2) Association professionnelle des employés civils du Ministère des Colonies, 11 décembre 1908 (*Rec.*, p. 1021).

A notre point de vue spécial du recrutement, les solutions à déduire sont très simples :

S'agit-il de faire annuler une nomination suspecte? Son illégalité portant atteinte au statut de la fonction, le recours de l'association est recevable en même temps que les recours des fonctionnaires, et distinctement de ceux-ci. L'association pourra soit agir seule, en son propre nom, — soit comme mandataire, — soit à ces deux titres à la fois.

S'agit-il, au contraire, de réparation à poursuivre par un recours de plein contentieux? Nous savons que cette hypothèse suppose une atteinte à des droits individuels. Nous sommes alors en présence de l'action individuelle : l'association ne peut l'intenter qu'à titre de mandataire, au seul ordre de l'intéressé.

CONCLUSION

Telle est, dans le domaine du recrutement et de l'avancement des fonctionnaires, l'œuvre réalisée par le Conseil d'Etat, depuis qu'il a assumé la tâche « redoutable, mais infiniment glorieuse », comme a dit M. Jèze, de défendre la légalité dans la fonction publique (1).

Avant de lui rendre hommage, et de dire les effets bienfaisants de son intervention, faisons cependant une remarque : ce n'est pas un reproche, c'est une constatation : les garanties juridictionnelles ne battent pas leur plein ; elles ne prennent pas la *forme répressive* (2) : — Un particulier viole un règlement légalement fait ; il le viole parce qu'il l'ignore, ou parce qu'il l'interprète mal, ou parce qu'il l'a oublié, ou même de propos délibéré : le fait est grave, antisocial ; le Code pénal est là pour le lui démontrer. — Au contraire, un ministre viole un règlement non

(1) Jèze, *Année administrative*, 1903, p. 241.

(2) *De l'avancement dans les fonctions publiques. Son organisation, ses garanties*. Georgin, p. 185, déjà cité.

moins légalement fait ; il viole un règlement qu'il doit connaître, et comprendre, et ne pas oublier, puisqu'il est chargé de l'appliquer ou de veiller à ce qu'il soit appliqué : cela ne compte pas ; c'est une simple erreur : on répare, on ne punit pas !

Quand l'acte de favoritisme a pu se réaliser sans heurter la loi, — ce qui est bien facile, étant donné les lacunes de la réglementation actuelle, — c'est mieux encore ! Non seulement on ne punit pas le ministre qui fait mal ; mais on ne répare même pas le mal qu'il a fait ! Exemple ? — Afin de permettre au Ministre de l'Intérieur de mieux satisfaire à l'intérêt public, paraît-il, on lui laisse la liberté de choisir les sous-préfets sans réglementation. Supposons qu'au lieu de rechercher le candidat qui satisfera le mieux à l'intérêt public, un ministre profite de cette liberté pour payer ses dettes, c'est-à-dire pour rétribuer les services de son secrétaire, ou pour accomplir des libéralités, c'est-à-dire pour établir son neveu ou le fils d'un ami. Au sens honnête des mots, le fait d'user dans son propre intérêt de pouvoirs qui vous ont été conférés dans l'intérêt d'autrui, cela s'appelle un abus de confiance ! Juridiquement, à l'heure actuelle, et dans le cas qui nous occupe, c'est un acte licite, qui ne comporte ni répression, ni même réparation, — un acte dont le ministre n'a pas à répondre devant le juge administratif ! Sa responsabilité politique pourrait seule être mise en jeu, si en ces matières elle correspondait à quelque réalité.

Les garanties juridictionnelles se signalent donc par

deux traits qu'il importe de remarquer : d'une part, elles ne protègent les intéressés que contre les actes *franchement illicites* du pouvoir ; — d'autre part, elles ne les protègent qu'en touchant aux *actes*, mais en laissant indemnes les *auteurs* des actes.

Cette mansuétude à l'égard du pouvoir, nous ne l'imputons pas, bien entendu, à la juridiction administrative ! Nous ne la discutons même pas. Nous la signalons, au contraire, afin de mettre en valeur l'effort fait par le Conseil d'État, dans le cercle de ses pouvoirs, pour faire rendre aux seules armes qu'il pouvait mettre à la disposition des fonctionnaires, leur maximum de rendement. — Par le libéralisme avec lequel il leur a ouvert graduellement la porte de son prétoire, par la fermeté de sa notion de l'excès de pouvoir, le Conseil d'État s'est montré pour les fonctionnaires ce que M. Jèze, en 1904, souhaitait qu'il fût, « l'autorité impartiale, statuant en la forme juridictionnelle, à qui il est possible de soumettre toute irrégularité, et qui veille à appliquer aux décisions qui lui sont soumises *toute la loi* ! (1) »

Comme bien on pense, ce zèle légalitaire du haut tribunal administratif n'a pas été du goût de tout le monde. Certains milieux s'en sont étonnés : Eh quoi ! l'on a institué une justice administrative distincte de la justice civile, et l'on constate aujourd'hui qu'elle se met à faire de la justice comme l'autre, plus hardiment même que l'autre ! Nous

(1) *Revue de Droit public*, 1904, p. 547.

comprenons certaines amertumes. — D'aucuns ont vu une sorte de trahison politique dans ce libéralisme d'un corps que son recrutement et ses origines semblaient devoir attacher, paraît-il, aux conceptions autoritaires du passé ! (1) — Au fond de cette évolution de jurisprudence, il n'y a ni mystère, ni conspiration. Il y a tout simplement la force d'indépendance du juge. (2) La vérité toute simple, M. Jèze l'exprime en ces termes : « le Parlement ne se décidant pas à faire une loi sur la fonction publique, le Conseil d'État a pris la chose en main ; dans le cercle de ses pouvoirs, il est intervenu plus énergiquement que par le passé (3). »

Nous avons déjà signalé, chaque fois que nous en avons trouvé l'occasion, les résultats bienfaisants de cette initiative : résultats immédiats, d'abord, elle a réprimé un nombre considérable d'actes d'arbitraire ; elle en a prévenu plus encore, car toute sanction efficace a toujours plus

(1) *** *Les Fonctionnaires*, p. 33.

(2) Sur les tendances actuelles du Conseil d'État, voir la très forte étude de M. René Worms (*Revue gén. d'adm.*, 1907, II, p. 5 et s.).

— Juridiquement, d'ailleurs, le mouvement libéral dont ont profité les fonctionnaires n'est pas un phénomène isolé. Il se rattache à un mouvement général — dont tous les particuliers bénéficient — de transformation des conditions d'exercice du recours pour excès de pouvoir. Ce recours accomplit insensiblement, en effet, un cycle logique qui tend à faire disparaître petit à petit de ses conditions de recevabilité l'exigence d'un droit médiate ou d'un intérêt éventuel du requérant, — pour le rapprocher d'une sorte d'*action populaire*, « procédure contentieuse d'introspection administrative », comme dit M. Delpech, à la portée de tous les citoyens. (*Revue de droit public*, 1907, p. 89) — (Cf. *idem supra*, à propos de l'avenir du recours).

(3) *Revue de droit public*, 1907, p. 242.

d'action préventive que corrective. Pour bon nombre de nos gouvernants, la crainte du Conseil d'État fut le commencement de la sagesse.

Mais c'est surtout dans l'influence morale, éducative qu'a eue cette jurisprudence, que réside le meilleur de l'œuvre du Conseil d'État :

En s'instituant le ferme défenseur du peu de légalité qui existe, en faisant rendre aux maigres outils dont il disposait le maximum de garanties qu'il fût possible d'en tirer, il a démontré à l'Opinion, au Parlement, l'avantage qu'il y aurait à substituer à une réglementation fragmentaire et trop complaisante une réglementation complète : il a préparé ainsi la voie au statut.

Enfin, dans l'évolution de la crise dont souffrent les services publics, cette jurisprudence aura été un précieux agent de paix sociale : elle a provoqué chez les fonctionnaires un renouveau de confiance dans le Droit, qui les amènera, espérons-le, à préférer dans les luttes à venir les procédés de discussion aux procédés de violence, les voies légales aux voies de fait.

Lu et approuvé :

Le Président,

LARNAUDE.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

L. LIARD.

Vu :

Le Doyen,

CAUWÈS.

INDEX BIBLIOGRAPHIQUE

- ADHÉMAR (P.). — *De l'état des officiers*, thèse, Paris, 1900.
- ALIBERT. — *Les syndicats, associations et coalitions de fonctionnaires*, thèse, Paris, 1900.
- ARTUR. — « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions. » *Revue de droit public*, 1900. I, p. 214, 470. II, p. 34, 236, 437, 1902, p. 78, 234, 439 et 1903, p. 415.
- AUCOC. — *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, 3^e éd., Paris, 1885.
- BARTHÉLEMY (J.). — *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, thèse, Toulouse, 1899.
- BAUDOUIN (M.). — *La notion d'intérêt dans le recours pour excès de pouvoir*, thèse, Paris, 1904.
- BAUZIN (L.). — « Les chefs de cabinet de préfet », *Revue politique et parlementaire*, avril 1906.
- BAYLE. — *L'état des sous-officiers*, thèse, Paris, 1907.
- BELLIN (A.-G.). — *Des avantages du concours, appliqué au recrutement du personnel administratif et judiciaire*, Paris et Lyon, 1846.
- BERTHÉLEMY. — *Traité élémentaire de droit administratif*, 5^e éd., Paris, 1908. — « Les fonctionnaires publics et le droit de

- grève. » *Grande revue*, 1908. — « La crise du fonctionnarisme. » *Questions pratiques de législation ouvrière et d'économie sociale*, 1^{er} juillet 1906. — « Les syndicats de fonctionnaires. » *Revue de Paris*, 15 février 1906, et *Revue pénitentiaire*, 1906, p. 817 à 860.
- BERTHOD (A.). — « Les syndicats de fonctionnaires et l'organisation de la démocratie », *Revue politique et parlementaire*, mars 1906.
- BLOT (E.). — *L'état de l'officier dans les armées de terre et de mer*, thèse, Paris, 1909.
- BLUNTSCHLI. — *Le droit public général. Théorie générale de l'Etat. La politique*.
- BODLEY (J.-E.-C.). — *La France. Essai sur l'histoire et le fonctionnement des institutions politiques françaises* (éd. française, Paris, 1901).
- BONNARD (R.). — *Rapport sur le recrutement et la discipline des fonctionnaires*, III, 5, 1. Congrès international des sciences administratives de Bruxelles, 1910. — « La crise du fonctionnarisme, ses causes et ses remèdes. » *Revue du droit public*, 1907, p. 481.
- BOUGLÉ (C.). — *Syndicalisme et démocratie*, Paris, 1908.
- BUSQUET (J.). — *Les fonctionnaires et la lutte pour le droit*, thèse, Lyon, 1910.
- CAHEN (G.). — *Les fonctionnaires, leur action corporative*, Paris, 1911. — « Les fonctionnaires et leurs groupements corporatifs. Les associations de fonctionnaires. Le syndicalisme des fonctionnaires. » *Revue bleue*, 3 juin à 26 août 1905. — « Les syndicats de fonctionnaires. » *Revue politique et parlementaire*, juillet 1906.
- CHARDON (H.). — *Les travaux publics, essai sur le fonctionnement de nos administrations*, Paris, 1905. *L'administration de la France, les fonctionnaires de gouvernement, le ministère de la Justice*, Paris, 1908. *Le pouvoir administratif*, Paris, 1911. — « Le

- ministère de l'Intérieur. » *Revue bleue*, 12-19 février 1910. —
« Le pouvoir administratif. » *Revue politique et parlementaire*,
novembre 1910.
- DELEST. — *De la nomination et de la révocation des fonctionnaires
publics*. Thèse, Paris, 1899.
- DELPECH (J.). — « A propos du décret Sarrien », *Revue du droit
public*, 1907, p. 67.
- DEMARTIAL (G.). — « La bureaucratie russe », *Revue bleue*,
15 juillet 1905. — « De l'opportunité d'une loi sur l'état des
des fonctionnaires », *Revue du droit public*, 1907, p. 5. —
« Le personnel des ministères », *Revue générale d'administra-
tion*, septembre à décembre 1906. — « La nomination des
magistrats », *Revue politique et parlementaire*, avril 1907.
- DROUILLE. — *Le pouvoir discrétionnaire sur les fonctionnaires
publics*. Thèse, Toulouse, 1900.
- DUCROCQ (Th.). — *Cours du droit administratif*, 7^e éd., Paris,
1897-1905.
- DUGUIT. — *L'État* : I. *Le droit objectif et la loi positive*, Paris, 1901.
II. *Les gouvernants et les agents*, Paris, 1903. *Droit constitu-
tionnel*, Paris, 1907. — *Le droit social, le droit individuel et la
transformation de l'État*, Paris, 1908. — « Le syndicalisme »,
Revue politique et parlementaire, juin 1908. — « Des fonctions
de l'État moderne », *Revue internationale de sociologie*, 1894,
p. 161.
- ESCASSUT (L.). — *Du syndicalisme et du statut des fonctionnaires*.
Thèse, Montpellier, 1908.
- ESMEIN. — *Éléments de droit constitutionnel*, 5^e éd., Paris, 1910.
- FAURE (Fernand). — « Les fonctionnaires français », *Revue poli-
tique et parlementaire*, mai 1910.
- FERRAND. — *Césarisme et démocratie : l'incompatibilité entre notre
régime administratif et notre régime politique*, Paris, 1904.
- FOUILLÉE (A.). — *La démocratie politique et sociale en France*,
Paris, 1910.

- FOURNIÈRE (E.). — « Le syndicats de fonctionnaires », *Revue socialiste*, mai, 1907.
- GERMAIN (C.). — *Le droit de syndicat et le droit de grève des fonctionnaires publics*. Thèse, Paris, 1907.
- GOODNOW (Frank-J.). — *Les principes du droit administratif des États-Unis* (Trad. Jèze, Paris, 1907).
- GUIMBAUD (L.). — *L'employé de l'État en France, sa condition économique et sociale*. Thèse, Caen, 1898.
- HAURIOU. — *Principes de droit public*. Paris, 1910. *Précis de droit administratif et de droit public*, 7^e éd., Paris. 1911.
- HOURY. — *La notion d'intérêt et la théorie du recours parallèle dans le recours pour excès de pouvoir*. Thèse, Grenoble, 1909.
- JACQUELIN (R.). — *Les principes dominants du contentieux administratif*, Paris, 1899.
- JÈZE. — *Les principes généraux du droit administratif*, Paris-Nancy, 1904. — *Cours élémentaire de science des finances et de législation financière*, Paris, 1909. — *Rapport sur le recours pour excès de pouvoir*, *Compte rendu des travaux*, III, 1, 3. *Congrès international des sciences administratives de Bruxelles*, 1910. *Revue de droit public* : 1904, p. 517. « La jurisprudence du conseil d'État et la sanction des règles sur le recrutement », et (p. 780) « sur la discipline et la révocation des fonctionnaires publics. » 1905 : p. 359, note sur l'arrêt Demange, Cons. d'État. — 16 mars 1905 : p. 560, note sur l'arrêt Warnier, 7 juillet 1905. — 1906 : p. 59 note sur l'arrêt de la Tasse. Cons. d'État 15 décembre 1905. — Sur les arrêts Alcindor, Cons. d'État 1^{er} juin 1906 — 1907 : p. 236, note sur l'arrêt Lacourte, Cons. d'État 15 février 1907. — p. 677. Sur l'arrêt Montheuil, Cons. d'État 12 juillet 1907. — 1908 : p. 249 sur le retrait d'un acte administratif régulier — p. 254 sur l'arrêt le Bigot, Cons. d'État 17 mai 1907. — 1909 : p. 55 sur les arrêts Alcindor 27 novembre 1908 et Bugnot 6 décembre 1907. — p. 61 sur les recours des associations de fonction-

- naires — p. 84 sur l'arrêt Lesage, Cons. d'Etat 22 janvier 1909 p. 698 sur le régime juridique des concours de présentation — 1910 p. 46, sur le caractère licite des associations de fonctionnaires, p. 67, sur l'acceptation d'une fonction publique — p. 72, sur la responsabilité des patrimoines administratifs — p. 85, sur la nature légale et réglementaire de la fonction publique — p. 682, sur les arrêts Aubry et Butot 10 juin 1910.
- LABAUB. — *Le droit public de l'empire allemand*, 3^e éd., Strasbourg, 1895 (trad. Gandilhon).
- LABAT (P.). — « L'officier de marine, les causes de son déculement », *Revue politique et parlementaire*, octobre 1904.
- LACOURTE. — *Des garanties accordées aux fonctionnaires contre les actes qui les révoquent*. Thèse, Paris, 1911.
- LAFFERRIÈRE. — *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2^e éd., Paris, 1896.
- LAGUENS (J.). — *Étude sur l'avancement des officiers de l'armée de terre en temps de paix*. Thèse, Montpellier, 1901.
- LANGLOIS (Général). — « De l'avancement des officiers », *Revue bleue*, 18-25 mars 1905.
- LAUSAC (M.). — « Les fonctionnaires », *Revue socialiste*, avril à novembre 1909.
- LARNAUDE. — Préface de la traduction FARDIS de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, DE JELLINEK. — Préface de la traduction GANDILHON de la 3^e éd. du *Droit public de l'empire allemand*, de LABAUD. — *Leçons sur la méthode dans les sciences juridiques* (la méthode en droit public), Paris, 1910. — *Discours d'ouverture, Congrès international des sciences administratives de Bruxelles*, 1910, V, II, p. 17. — « Notre programme », *Revue du droit public*, 1894, I, p. 3. — Discussion du rapport de M. LE PORTEVIN, sur les indemnités dues aux victimes d'erreurs judiciaires, *Revue pénitentiaire*, 1896, p. 9. *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1911-1912, article sur la réforme de la loi de 1884.

- LE GROM DE MARET. — *Du statut des fonctionnaires dans son rapport avec les droits de syndicat et de grève*. Thèse, Paris, 1910.
- LEROY (M.). — *Le droit des fonctionnaires*, Paris, 1906. *La loi, essai sur la théorie de l'autorité dans la démocratie*, Paris, 1908. *Syndicats et services publics*, Paris, 1909.
- LEROY-BEAULIEU (A.). — *La Révolution et le libéralisme*, Paris, 1890.
- LEYRET (H.). — *La République et les politiciens*, Paris, 1907. *La tyrannie des politiciens*, Paris, 1908.
- LUX (J.). — « Nos attachés de cabinet », *Revue bleue*, 10 août 1907.
- MACAIGNE (A.). — *Le fonctionnarisme et les syndicats de fonctionnaires*. Thèse, Paris, 1907.
- MARIE (L.). — « De l'avenir du recours pour excès de pouvoir en matière administrative », *Revue du droit public*, 1905, p. 265.
- MAURY. — « La logique du syndicalisme », *Revue bleue*, 29 mai 1909.
- MAYER (Otto). — *Le droit administratif allemand* (trad. de l'auteur). Paris, 1903-1906).
- MICHOUD. — *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, Paris, 1896. — « De la responsabilité de l'État à raison des fautes de ses agents », *Revue du droit public*, 1895, I, p. 401, II, p. 1 et 251.
- MOLINARI (DE). — *L'évolution politique et la Révolution*, Paris, 1884.
- MOLLIET. — *Le pouvoir hiérarchique*, thèse, Paris, 1909.
- MOREAU (F.). — « Le pouvoir ministériel », *Revue du droit public*, 1897, I, p. 85.
- NEZARD (H.). — *Théorie juridique de la fonction publique*, thèse, Paris, 1901. — *Les principes généraux du droit disciplinaire*, thèse, Paris, 1903.

- PABON. — « Les fonctionnaires et l'article 65 de la loi de finances », *Revue politique et parlementaire*, août 1905.
- PAIN (M.). — « Le second Empire et les procédés du gouvernement », *Revue politique et parlementaire*, juin 1905.
- Paul BONCOUR. — *Les rapports de l'individu et des groupements professionnels ; la souveraineté économique et le fédéralisme*, thèse, Paris, 1900. — *Les syndicats de fonctionnaires*, Paris, 1906. — « Les syndicats de fonctionnaires devant le parlement », *Revue socialiste*, janvier 1906.
- PERRIQUET. — *Contrats de l'État*, 2^e éd., Paris, 1890.
- PICOT (G.). — *La réforme judiciaire en France*, Paris, 1881. — « Rapport sur les projets de réglementation des conditions de nomination et d'avancement des magistrats », *Revue pénitentiaire*, 1906, p. 978.
- POSADA. — « La fonction administrative de l'État », *Revue du droit public*, 1896, I, p. 289.
- RABANY. — « Les types sociaux : le fonctionnaire », *Revue générale d'administration*, janvier 1907.
- Réforme sociale (La)*. — 16 mai 1910, « Le fonctionnarisme » (rapport et discussion).
- RENARD (G.). — *Le régime socialiste, principes de son organisation politique et économique*, 6^e éd., Paris, 1907.
- RIBEYROL. — *De la condition économique et juridique du personnel ouvrier des arsenaux et établissements hors ports de la marine*, thèse, Paris, 1909.
- ROLLAND (L.). — *Rapport sur les associations et les grèves de fonctionnaires*, Congrès international des sciences administratives de Bruxelles, 1910, III, 5, 4. — « Le projet de loi sur les associations de fonctionnaires », *Revue du droit public*, 1907, p. 251.
- ROUGIE. — *Étude sur le statut des fonctionnaires*, thèse, Paris, 1910.
- SALAÜN (L.). — « Essai sur l'organisation des fonctionnaires

civils », *Revue politique et parlementaire*, janvier 1908. — *Pour enrayer le favoritisme il faut organiser l'avancement*, 1911.

TARDE (G.). — *Les transformations du droit*, Paris, 1893. — *Les transformations du pouvoir*, Paris, 1909.

THUREAU-DANGIN. — *Histoire de la monarchie de juillet*, 2^e éd., Paris, 1892.

TOCQUEVILLE (Alex. de). — *L'ancien régime et la Révolution*, Paris, 6^e éd.

TOURNYOL DU CLOS (J.). — *Essais sur le recours pour excès de pouvoir*, thèse, Paris, 1905.

VAUTROYS (P.). — *Étude sur l'état des fonctionnaires*, thèse, Paris, 1899.

VIVIEN. — *Études administratives*, 1^{re} éd., Paris, 1845.

WERTHEIMER. — *Les syndicats de fonctionnaires*, thèse, Paris, 1906.

WORMS (R.). — « La juridiction du Conseil d'État et ses tendances actuelles », *Revue générale d'administration*, mai, juin et juillet 1907.

***. — *Les Fonctionnaires* (Bernard Grasset, éditeur, 1911).

TABLE DES MATIÈRES

	PAGES
INTRODUCTION	1
Il y a une crise des fonctionnaires. — Sa principale cause : les abus du favoritisme. — Origines de ces abus. — Leurs conséquences. — Manifestations de la crise. — La lutte. — La trêve. — Les remèdes. — L'action du Gouvernement : réglementation de l'avancement — L'action du Parlement : la question du statut. — L'action du Conseil d'État comme tribunal administratif : il assume la tâche de défendre la réglementation existante. — Revirement complet de sa jurisprudence jadis hostile aux recours de fonctionnaires. — Intérêt social, législatif, juridique de l'étude de ce revirement. — Divisions.	
CHAPITRE PREMIER. — VOIES DE RECOURS OUVERTES AUX FONCTIONNAIRES CONTRE UNE NOMINATION ILLÉGALE DANS LEURS SERVICES	27
Mise en jeu de la responsabilité politique des ministres. — Recours gracieux. — Insuffisance de ces garanties. — La seule sanction effective est le recours juridictionnel. — Difficulté de la tâche assumée par le Conseil d'Etat. — Regard général sur les points de départ et d'arrivée de sa jurisprudence.	
CHAPITRE DEUXIÈME. — DU RECOURS EN ANNULATION. — (RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR)	36
Silhouette générale du recours.	

PREMIÈRE SECTION. — <i>Des conditions de recevabilité. — I. Aptitude au recours</i>	40
La qualité pour agir règle le débit des cas d'ouverture du recours. — Historique de la jurisprudence en matière de recours contre une nomination illégale. — Fins de non-recevoir successivement opposées au cours du siècle dernier : fin de non recevoir tirée de la théorie des actes dits « de pure administration », fin de non-recevoir tirée de l'exigence d'un intérêt direct et personnel. — Critique. — Revirement à partir de 1903. — Arrêts. — Elargissement graduel de la notion d'intérêt. — Analyse des étapes franchies par la jurisprudence. — Son dernier état. — Avenir de recours.	
II. <i>De la Procédure</i>	50
Généralités. — Points spéciaux : Point de départ du délai de recours en matière de nominations. — Le recours hiérarchique conserve-t-il le recours contentieux ? — Pluralité de réclamations. — Intervention.	
III. <i>Observations sur l'objet du recours</i>	80
Actes préparatoires à une nomination. — Disparition de l'intérêt du fait d'une décision postérieure au recours.	
DEUXIÈME SECTION. — <i>Des conditions de fond</i>	89
Des règles obligatoires pour l'agent qui nomme.	
Cas d'ouverture du recours ;	
I. <i>De l'incompétence</i>	96
Rare en matière de nominations. Hypothèses diverses.	
II. <i>Du vice de forme</i>	103
Présentations. — Avis. — Confection des tableaux d'avancement. — Concours : Concours de nomination et concours de présentation.	
III. <i>Du détournement de pouvoir</i>	118
Hardiesse de cette théorie, mais réserves faites par la jurisprudence sur la question de preuve. — Discussion d'un cas de détournement de pouvoir.	
IV. <i>De la violation de la loi</i>	128
Origine de ce quatrième cas d'ouverture du recours. — Il comprend tous les cas innomés de violation de la loi. — Vio-	

lation formelle de la loi. — Situation juridique des attachés de cabinet. — Régularité des permutations de fonctionnaires. — Arrêts. — Violation de la loi en général. — Nominations rétroactives. — Fraude à la loi : décisions régulières en elles-mêmes aboutissant par leur concours à un résultat contraire à la volonté légale.

TROISIÈME SECTION. — *Résultats du recours*..... 150

Généralités. — Effet rétroactif. — Annulation *ergo omnes*.
— Annulation totale ou partielle de la décision : pratique nouvelle en certains cas.

CHAPITRE TROISIÈME. — DU RECOURS EN RÉPARATION. — (CONTENTIEUX DE PLEINE JURIDICTION)..... 158

Comment se pose la question d'une réparation positive dans l'hypothèse d'une nomination illégale. — Emplois civils réservés aux anciens sous-officiers rengagés. — Unique exemple d'un rappel de traitement. — Conditions d'exercice du recours : mise en demeure de l'Administration. — Résultats : renvoi devant l'Administration active.

CHAPITRE QUATRIÈME. — RECOURS DES ASSOCIATIONS DE FONCTIONNAIRES 166

Opportunité de l'admission du recours corporatif. — Aboutissant logique de la jurisprudence antérieure. — Arrêts. — Deux questions. — Légalité des associations de fonctionnaires. — Loi de 84 et loi de 1901. — Syndicat défendu et association permise. — Point de vue juridique et point de vue politique. — Capacité contentieuse des associations de fonctionnaires. — Action syndicale et action individuelle.

CONCLUSION 182

Les garanties juridictionnelles battent-elles leur plein ?
Heureux effets de l'initiative du Conseil d'Etat.

INDEX BIBLIOGRAPHIQUE..... 189

